

Det arbeidsrettslige likebehandlingsprinsipp

Om begrensninger forbudet mot kjønnsdiskriminering medfører for arbeidsgivers styringsrett.

Kandidatnummer: 334

Veileder: Finn Arnesen

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17 745 ord

Innholdsfortegnelse

<u>DEL I INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>1 BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
<u>2 DISKRIMINERINGSFORBUD</u>	<u>3</u>
2.1 RETTSKILDER	3
2.2 DISKRIMINERINGSBEGREPET	6
2.2.1 DIREKTE DISKRIMINERING	8
2.2.2 INDIREKTE DISKRIMINERING	9
2.2.3 TRAKASSERING OG SEKSUELL TRAKASSERING	12
2.3 POSITIV SÆRBEHANDLING	13
2.4 ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSPLIKT	17
2.5 DET ULOVFESTEDE SAKLIGHETSPRINSIPPET	18
<u>3 PLAN FOR DEN VIDERE FREMSTILLING</u>	<u>21</u>
<u>DEL II ANSETTELSE</u>	<u>22</u>
<u>4 INNLEDNING</u>	<u>22</u>
<u>5 UTLYSNING AV STILLING</u>	<u>23</u>
5.1 UTGANGSPUNKT	23
5.2 SØKER ETTER DET ENE KJØNN	23
<u>6 INTERVJU</u>	<u>28</u>
6.1 UTGANGSPUNKT	28

6.2	SÆRLIG OM GRAVIDITET	29
6.2.1	OVERSIKT	29
6.2.2	ARBEIDSGIVERS MULIGHET TIL Å VEKTLEGGE GRAVIDITET, SAMT Å SPØRRE OM FAMILIEFORØKELSE	31
6.2.3	KONSEKVENSER AV ARBEIDSTAKERS OPPLYSNINGER	33
6.2.4	ULIKE TYPER ANSETTELSESFORHOLD	35
6.2.5	GRAVIDITET OG SYKDOM	37

DEL III LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR **38**

7 LØNN **38**

7.1	LIK LØNN FOR SAMME ARBEID OG FOR ARBEID AV LIK VERDI	38
7.2	PENSJON	45
7.3	BONUS	48
7.3.1	OVERSIKT	48
7.3.2	GENERELL LØNN OG LØNNSØKNING VED PERMISJON	48
7.3.3	INDIVIDUELL LØNN OG LØNNSØKNING VED PERMISJON	50
7.4	FRYNSEGODER	52

8 OMPLASSERING **55**

9 FORFREMMELSE **57**

10 OPPLÆRING OG ANNEN KOMPETANSEUTVIKLING **59**

11 FERIE **61**

DEL IV AVSLUTNING **63**

DEL V LITTERATURLISTE **65**

<u>12</u>	<u>LOVER</u>	<u>65</u>
<u>13</u>	<u>FORSKRIFTER</u>	<u>65</u>
<u>14</u>	<u>OFFENTLIGE UTREDNINGER, DOKUMENTER M.V.</u>	<u>66</u>
<u>15</u>	<u>EU/EØS-RETTLIGE KILDER</u>	<u>67</u>
<u>16</u>	<u>ANDRE INTERNASJONALE KONVENSJONER</u>	<u>68</u>
<u>17</u>	<u>ANDRE REGLER</u>	<u>69</u>
<u>18</u>	<u>AVGJØRELSER</u>	<u>69</u>
18.1	HØYESTERETT	69
18.2	UNDERRETTSPRAKSIS	70
18.3	ARBEIDSRETEN	70
18.4	KLAGENEMNDA FOR LIKESTILLING	70
18.5	LIKESTILLINGSOMBUDET	71
18.6	EFTA-DOMSTOLEN	71
18.7	EF-DOMSTOLEN	71
<u>19</u>	<u>JURIDISK LITTERATUR</u>	<u>74</u>

DEL I INNLEDNING

1 Bakgrunn og problemstilling

Et arbeidsforhold bygger på en forutsetning om arbeidsgivers bestemmelsesrett. Denne styringsretten innebærer arbeidsgivers rett til å ansette og si opp arbeidstakere, lede, fordele og kontrollere arbeidet som utføres, samt å bestemme organisering og drift av virksomheten.¹

I et arbeidsforhold er underordnings- og avhengighetsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver fremtredende. For å beskytte arbeidstaker mot urettmessigheter fra arbeidsgivers side er det lagt begrensninger på styringsretten ved lov, tariffavtale, kutyme og arbeidsavtaler. Jeg skal her se på én materiell begrensning på arbeidsgivers styringsrett, forbudet mot kjønnsdiskriminering.

Likebehandlingsprinsippet i arbeidslivet har status som en menneskerettighet. Likebehandlingsprinsippet reguleres i mange internasjonale kilder² og er lovfestet internt i de fleste europeiske land. Både norsk lov og våre internasjonale forpliktelser krever likebehandling av kvinner og menn i Norge.

¹ Se om styringsretten Jakhelln Oversikt over Arbeidsretten 2004 (Jakhelln) kapittel 1.3, Dege Arbeidsrett 2003 (Dege) kapittel 3.5.

² Jf EØS-avtalen artikkel 69 og 70 med vedlegg XVIII, EF-traktaten artikkel 2, 3, 13 og 141, EFs nye konstitusjonstraktat artikkel 2 og 3, Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 14, ILO-konvensjon nr.100 og nr.111 og FNs kvinnekonvensjon.

Forbudet mot kjønnsdiskriminering er en konkretisering av likebehandlingsprinsippet.³ For å sikre likebehandling av kvinner og menn forbys tradisjoner, strukturer og praksis som fører til kjønnsdiskriminering. En annen side av likebehandlingsprinsippet er arbeidsgivers aktivitetsplikt til å fremme likestilling i virksomheten.

Oppgaven vil gjøre rede for at det ikke er et absolutt forbud mot ulik behandling av kvinner og menn. Likebehandling av kjønn skal sikre faktisk likhet mellom kjønnene. Fullstendig likhet er ikke mulig uten å ta hensyn til at kjønnene er forskjellige. I enkelte situasjoner kan derfor det ene kjønn særbehandles for å fjerne eller redusere reelle forskjeller i samfunnet.

Forarbeidene til likestillingsloven legger til grunn at begrepene forskjellsbehandling og diskriminering forstås likt.⁴ Jeg vil i den videre drøftelsen benytte disse begrepene som synonymer. All forskjellsbehandling eller diskriminering er som nevnt ikke forbudt. Jeg vil betegne den forskjellsbehandling og diskriminering som ikke kan tillates som ulovlig.

Denne oppgaven vil omhandle praktiske problemstillinger for styringsretten i arbeidslivet; situasjoner hvor forbudet mot kjønnsdiskriminering kan være særlig interessant. Oppgavens problemstilling er hvilke praktiske begrensninger forbudet mot kjønnsdiskriminering setter for arbeidsgiver ved ansettelse av arbeidstakere, og for bestemmelser om ansattes lønns- og arbeidsvilkår. Oppgaven avgrenses mot enkelte andre sider ved arbeidsgivers styringsrett, eksempelvis oppsigelse og avslutning av arbeidsforhold, samt øvrig organisatorisk og driftsmessig ledelse av virksomheten.

Oppgaven avgrenses også mot andre diskrimineringsforbud, eksempelvis forskjellsbehandling på grunnlag av religion, livssyn, hudfarge, statsborgerskap, etnisk opprinnelse, politisk syn, seksuell orientering og funksjonshemming. Noen av

³ Ot.prp.nr.77 2000/2001 Om lov om endringer i likestillingsloven mv. side:27.

⁴ L.c.

problemstillingene er imidlertid felles for flere diskrimineringsforbud og oppgavens drøftelser kan derfor være av interesse også i relasjon til disse.

2 Diskrimineringsforbud

2.1 Rettskilder

I arbeidsforhold gjelder arbeidsmiljøloven, jf arbeidsmiljøloven § 2.⁵ Arbeidsmiljøloven kapittel XA gjelder likebehandling i arbeidslivet, og § 54B forbyr kjønnsdiskriminering. Arbeidsmiljøloven § 54B nr. 2 viser imidlertid til likestillingsloven⁶ for så vidt gjelder kjønnsdiskriminering. Arbeidsmiljøloven kan derfor ikke anvendes ved kjønnsdiskriminering i arbeidslivet, forholdet reguleres fullt ut av likestillingsloven.⁷

Gjennom EØS-avtalen har Norge bundet seg til flere EU-regler om likestilling, deriblant en rekke EU-direktiv.⁸ Det finnes mye praksis, spesielt fra EF-domstolen, som tolker og utdyper forpliktelsenes innhold. EU/EØS-rett innebefattet praksis er sammen med likestillingsloven de viktigste rettskildene på området for kjønnsdiskriminering.

I forarbeidene til likestillingsloven anses norsk likestillingsrett å være samsvarende med EØS-retten.⁹ Presumsjonsprinsippet medfører også at norsk rett anses å oppfylle EØS-rettslige krav.¹⁰ Presumsjonsprinsippet innebærer at dersom en regel kan forstås på flere måter skal det tolkningsresultatet velges som best harmonerer med internasjonale forpliktelser.¹¹

⁵ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. 4.2.1977 nr. 4.

⁶ Lov om likestilling mellom kjønnene 9.6.1978 nr. 45.

⁷ Ot.prp.nr.104 2002/2003 Likebehandling i arbeidslivet side:24, 32.

⁸ Direktiv jeg anvender videre i oppgaven er gjennomført ved EØS-avtalens vedlegg XVIII.

⁹ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:27.

¹⁰ Jf Rt-2000-1811.

¹¹ Se om juridisk metode ved anvendelse av EU/EØS-regler i norsk rett i Sejersted m.fl. EØS-rett 2004 (Sejersted m.fl.), kapittel 9, 14.

Dersom likebehandlingsprinsippet ikke er tilstrekkelig gjennomført i norsk likestillingsrett, og presumsjonsprinsippet ikke er tilstrekkelig for å tolke norsk rett i overensstemmelse med EØS-retten, kan det spørres om EØS-avtalen kan anvendes direkte mellom private parter i arbeidslivet. Eksempelvis om kravet til likelønn i EØS-avtalen artikkel 69 gir arbeidstaker og arbeidsgiver konkrete rettigheter og plikter. EØS-avtalen artikkel 69 pålegger Norge som "avtalepart" å sikre likelønnsprinsippet i norsk rett. Ordlyden regulerer forpliktelser for den norske stat, men ikke umiddelbart forholdet mellom private. Det taler for at en direkte anvendelse av EØS-avtalen artikkel 69 ikke er mulig. På den annen side er bestemmelsen gjennomført som norsk lov jf EØS-loven § 1, og det taler for at den har direkte betydning for enkeltindivider.¹² Dessuten har EF-domstolen i Defrenne II-saken uttalt at likelønnsprinsippet i EF-traktaten artikkelen 141 har direkte virkning mellom privatpersoner. EØS-avtalen artikkel 69 er identisk med EF-traktaten artikkel 141. Dommen er avsagt før vedtakelse av EØS-avtalen, og den er således en særlig tungtveiende rettskildefaktor, jf EØS-avtalen artikkel 6. Konklusjonen er at likelønnskravet i EØS-avtalen artikkel 69 kan ha direkte virkning i norsk arbeidsliv.

En annen problemstilling er om EF-direktiv, omfattet av EØS-avtalen vedlegg XVIII, kan gis direkte anvendelse mellom norske private parter. Vi er bundet til å gjennomføre direktivene, men de gjelder ikke som norsk lov.¹³ Dersom presumsjonsprinsippet ikke er tilstrekkelig til å anse norsk rett i overensstemmelse med EØS-retten, og det foreligger motstrid mellom norsk rett og EØS-retten, følger det av Høyesteretts praksis at det bør overlates til lovgiver å utbedre dette i stedet for å gi EØS-retten direkte virkning.¹⁴ Konklusjonen er at når norske regler gir flere eller færre rettigheter enn EØS-rettslige likebehandlingskrav, må arbeidsgiver som utgangspunkt respektere de norske lovreglene.

Rett til likebehandling uavhengig av kjønn er en grunnpilar i den internasjonale menneskerettighetsbeskyttelsen. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

¹² Lov 27.11.1992 nr. 109.

¹³ Jf EØS-avtalen artikkel 70 jf artikkel 7.

¹⁴ Jf Rt-2000-1811.

(EMK)¹⁵, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)¹⁶, FNs kvinnekonvensjon, ILO-konvensjon nr.100 og nr.111, og Den europeiske sosialpakt¹⁷ setter alle folkerettslige krav til Norge om å fremme eller sikre retten til ikke å bli kjønnsdiskriminert i arbeidsforhold.

I avgjørelsen av hvilke konkrete rettigheter og plikter likebehandlingsprinsippet medfører i norsk rett, er alle våre internasjonale forpliktelser relevante tolkingsmomenter, og presumsjonsprinsippet gjelder som utgangspunkt.¹⁸ Etter menneskerettighetsloven gjelder EMK og ØSK som norsk lov.¹⁹ Rettigheter etter disse konvensjonene kan dermed skape rettigheter og plikter i private forhold i større grad enn de øvrige som kun er forpliktelser for den norske stat.

I motsetning til EØS-rettslige forpliktelser som er til dels konkret utformet²⁰, pålegges ikke norsk likestillingsrett snevre grenser av øvrige internasjonale rettskildene på området. EØS-avtalen foreskriver spesifikke krav til norske myndigheter og arbeidsgivere, og det er dermed ikke av like stor interesse å gå nærmere inn i øvrige rettskilder. Det foreligger eksempelvis noe praksis vedrørende kjønnsdiskriminering fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) som ikke behandles nærmere. Internasjonale rettskilder foruten EØS-retten er således ikke særlig tungtveiende tolkningsmomenter på området for kjønnsdiskriminering.

Rekkevidden av likebehandlingsprinsippet er presisert i atskillig praksis fra EF-domstolen. En problemstilling er hvor stor vekt disse dommene har i norsk rett. Det følger av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen at EØS-avtalens materielle bestemmelser skal tolkes i overensstemmelse med tilsvarende EU-regler.²¹ Mange av avgjørelsene fra EF-domstolen tolker materielle regler som er identiske med

¹⁵ Artikkel 14.

¹⁶ Artikkel 2.

¹⁷ Artikkel 4.

¹⁸ Se Sejersted m.fl. kapittel 9, Eckhoff Rettskildelære 2001 (Eckhoff) kapittel 12 IV.

¹⁹ Lov 21.5.1999 nr. 30.

²⁰ Eksempelvis likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF endret ved rådsdirektiv 2002/73/EF (likebehandlingsdirektivet) artikkel 3 som forplikter Norge til å forby kjønnsdiskriminering i lovs form.

²¹ EØS-lovens forrangsbestemmelse i § 2, EØS-avtalens fortale og artikkel 6, ODA-avtalen artikkel 3.

EØS-rettens og homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen taler da for å ta hensyn til slike avgjørelser. Avgjørelser fra EF-domstolen etter undertegningen av EØS-avtalen²² er vi ikke forpliktet til å ta hensyn til. Det følger imidlertid av presumsjonsprinsippet at slik praksis er relevant rettskilde. Høyesterett anvender også nyere EF-praksis som rettskilde.²³ Praksis fra EF-domstolen er således en sentral argumentbærer i tolkingen av hva EØS-rettens bestemmelser om likebehandling innebærer.

Klagenemnda for likestilling og likestillingsombudet er faglige uavhengige forvaltningsorganer. De håndhever likestillingsloven og arbeider generelt med å fremme likestillingshensyn.²⁴ Praksis fra håndhevingsorganene reiser metodiske spørsmål. Dette er forvaltningspraksis, en rettskilde som tradisjonelt ikke har stor vekt i norsk rettskildelære.²⁵ Deres avgjørelser kan bringes inn for ordinære domstoler, men det foreligger ikke mye rettspraksis om kjønnsdiskriminering fra ordinære domstoler eller fra Arbeidsretten. De fleste likestillingstvister løses i disse spesialistorganene. Forarbeidene til likestillingsloven forutsetter at organenes praksis skal påvirke lovreglenes innhold.²⁶ Med vekt på at det er denne praksisen som særlig anvender likestillingsrett i Norge, og ved å vektlegge generelle trekk ved praksisen fremfor å se enkeltsaker som presedenser, viser jeg i det videre til praksis fra disse håndhevingsorganene. Praksis fra EF-domstolen gir føringer på internasjonale forpliktelser, og må i større grad enn praksis fra disse håndhevingsorganene respekteres av norske domstoler. Praksis fra EF-domstolen har dermed noe større vekt enn praksis fra likestillingsorganene.

2.2 Diskrimineringsbegrepet

Forbudet mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet betyr at bedriftsledelsen ikke kan legge vekt på kjønn i avgjørelser om styring av virksomheten. Det skal være likestilling

²² 2.5.1992.

²³ Jf særlig Rt-1997-1954, Rt-2002-391.

²⁴ Jf likestillingsloven § 10 følgende.

²⁵ Eckhoff kapittel 9.

²⁶ Ot.prp.nr.33 1974/1975 Om likestillingsloven side:56, se Vigerust Arbeidstakers rettsstilling ved graviditet og omsorg 1998 side:59.

mellom kjønnene, og kjønn er som hovedregel ikke et kriterium som kan begrunne lik eller ulik behandling.

Begrepet diskriminering er et vidt begrep og omfatter flere typer situasjoner.

Diskriminering kan være handling, beslutning, unnlattelse eller instruks om forskjellsbehandling egnet til å medføre at noen kommer i dårligere stilling grunnet kjønn. Meningsytringer og negative holdninger rettet mot andre enn arbeidstakeren kan som regel ikke ha konkret og direkte betydning for kjønnenes stilling, og rammes i utgangspunktet ikke av forbudet mot kjønnsdiskriminering.²⁷ Særlig i forhold til politisk debatt i media, uttaler lovgiver at det må trekkes en grense for forbudet mot kjønnsdiskriminering i forhold til ytringsfriheten.²⁸ Vi har underrettspraksis og avgjørelser fra likestillingsorganene som også krever konkret handling eller konkrete negative konsekvenser for arbeidstaker for at forhold skal falle inn under likestillingsloven.²⁹ Likestillingsloven § 4 er et unntak fra dette. Stillingsutlysning er ytring og faller inn under diskrimineringsforbudets anvendelsesområde. Forbudet mot trakassering rammer oppmerksomhet som føles krenkende, og slik oppmerksomhet kan være ytringer. Dette er imidlertid ytringer rettet mot arbeidstakeren, og faller inn under diskrimineringsforbudet.

Ved avgjørelsen av om det foreligger ulovlig diskriminering krever ikke likestillingsloven at det foreligger konkret sammenlignbare situasjoner. En person som mener seg diskriminert skal sammenlignes med et tenkt tilfelle, og spørsmålet vil være hvordan arbeidstakeren ville ha blitt behandlet dersom hun eksempelvis ikke var gravid.³⁰

Spørsmålet om hva som er kjønnsdiskriminering og hva som er diskriminering på andre grunnlag oppstår blant annet i forhold til transseksuelle. Et eksempel fra EF-domstolens praksis kan illustrere dette. En mannlig arbeidstaker skulle gjennomgå en

²⁷ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:28

²⁸ Ot.prp.nr.34 2004/2005 Diskrimineringsombudsloven side:71.

²⁹ Borgarting lagmannsrett 27.01.03, LKN-1992-1, Likestillingsombudets sak-2003-310.

³⁰ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:37.

kjønnskifteoperasjon for å bli kvinne fullt ut. Vedkommende mistet jobben grunnet denne operasjonen og ble dermed behandlet dårligere enn andre mannlige ansatte. Dette fant EF-domstolen var ulovlig indirekte kjønnsdiskriminering.³¹

Diskrimineringsbegrepet etter så vel likestillingsloven som EØS-retten omfatter direkte og indirekte diskriminering, trakassering og seksuell trakassering.³²

2.2.1 Direkte diskriminering

Direkte kjønnsdiskriminering foreligger når en person behandles dårligere enn en person av det andre kjønn og begrunnelsen for forskjellsbehandling bare kan anvendes overfor det ene kjønn, jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 1.³³ Dette vil være tilfellet der mannlige arbeidstakere betales mindre enn kvinnelige fordi de er menn. Et annet eksempel er å benytte ulike ansettelseskriterier for menn og kvinner, eksempelvis at kvinner ansettes etter sosiale kvalifikasjoner, mens menn ansettes etter faglige kvalifikasjoner.

Direkte diskriminering omfatter også forskjellsbehandling av kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel, og forskjellsbehandling av kvinner og menn i forbindelse med uttak av kjønnsbestemte permisjonsrettigheter, jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2. Et eksempel på direkte kjønnsdiskriminering er at en kvinne forbigås i ansettelsesprosessen fordi hun er gravid.³⁴ Nedsettelse av lønn til en kvinne under svangerskapet begrunnet i at hun arbeider mindre effektivt enn andre ansatte medfører også direkte diskriminering. Det samme gjelder dersom en mann forbigås ved forfremmelse fordi han er ute i fødselspermisjon.

³¹ C-13/94.

³² Jf likestillingsloven § 3, likebehandlingsdirektivet artikkel 2.

³³ Ot.prp.nr.77 2000/20001 side:32

³⁴ TeleDanmark-saken.

Adgang til å gjøre unntak fra ellers direkte diskriminering følger av reglene om positiv særbehandling, og det ulovfestede saklighetsprinsipp, dette behandles nærmere i punkt 2.3 og 2.5. Et eksempel på lovlig unntak kan være å gi barnehageplasser til barn av kvinnelige ansatte for å sikre rekruttering av kvinner.

2.2.2 Indirekte diskriminering

Diskrimineringsforbudet rammer også indirekte diskriminering. Indirekte diskriminering foreligger når en i utgangspunktet kjønnsnøytral bestemmelse fører til faktisk forskjellsbehandling av et kjønn, jf likestillingsloven § 3 tredje ledd. Det vil si at en arbeidstaker kommer i en dårligere stilling fordi vedkommende er i en situasjon som er typisk for sitt kjønn, eller som i liten grad omfatter det andre kjønn.³⁵ Den kjønnskjeve effekten av handlingen er ulovlig uavhengig av arbeidsgivers motiv for handlingen. I Bilka-saken fant EF-domstolen at tilsynelatende like lønnsvilkår medførte indirekte diskriminering. Virksomhetens pensjonsordning utelukket deltidsansatte og fordi flertallet av deltidsansatte var kvinner medførte pensjonsordningen faktisk forskjellsbehandling av kvinnelige arbeidstakere.

Indirekte diskriminering kan være tillatt dersom det kjønnskjeve resultatet kan begrunnes saklig, og det foreligger forholdsmessighet mellom forskjellsbehandlingen og det som søkes oppnådd, jf likestillingsloven § 3 fjerde ledd.³⁶ Kvinner som har fått barn under studietiden og blitt forsinket i studieprogresjonen kommer eksempelvis dårligere ut ved ansettelse når studieprogresjon er ett relevant moment for arbeidsgiver. Slik spesiell kvalifikasjon kan imidlertid være saklig grunn til forskjellsbehandling.³⁷ Manglende vurderingsgrunnlag i lønnsforhandlinger er et annet eksempel på hva som kan være saklig grunn til forskjellsbehandling. Dette var tilfellet i LKN-2004-22 hvor arbeidstaker kun hadde arbeidet deler av året, og det var vanskelig for arbeidsgiver å beregne tilleggslønn. Fullstendig utelukkelse fra lønnsforhandlingene som valgt virkemiddelet var imidlertid ikke egnet eller nødvendig, og således uforholdsmessig

³⁵ LKN-2003-15

³⁶ Bilka-saken er et godt eksempel på vurderingen av vilkårene for å tillate indirekte diskriminering.

³⁷ LKN-2004-5.

inngrepene i forhold til følgene forskjellsbehandlingen fikk for arbeidstakeren. Klagenemnda for likestilling fant at indirekte diskriminering ikke kunne tillates.

Det foreligger atskillig praksis som drøfter hvor grensen går for at det foreligger indirekte diskriminering ved at et kjønn "stilles dårligere" enn det andre, jf likestillingsloven § 3 tredje ledd. Likebehandlingsdirektivet artikkel 2(2) krever at handlingen rammer det ene kjønn "særlig ufordelagtig". Dette noe sterkere uttrykket følges opp i EF-domstolens praksis som krever at "betydelig" flere av det ene kjønn rammes før diskriminering foreligger.³⁸ EØS-retten stiller ikke opp konkrete prosentgrenser, men uttaler at det er forskjellsbehandling dersom handlingen utelukker en ikke ubetydelig prosentdel av det ene kjønn.

Barne- og familiedepartementets kommentar til forskrift om særbehandling av menn³⁹ fastlegger at "40 %-regelen som allerede praktiseres" vil være retningsgivende for når et kjønn forskjellsbehandles.⁴⁰ Uttalelsen innebærer at dersom ca. 40 % av de som rammes av eksempelvis en endring i lønnsvilkår er kvinner, vil det foreligge diskriminering.

Forarbeidene til likestillingsloven uttaler at vi i Norge kan akseptere en lavere andel av det ene kjønn enn det EF-domstolen legger til grunn, for å si at et kjønn stilles dårligere enn det andre.⁴¹ EØS-retten krever således større avvik enn norsk rett fra full likestilling før det anses å foreligge forskjellsbehandling av det ene kjønn. EØS-retten utgjør kun en minstestandard i forhold til norsk rett, og norske regler som her beskytter arbeidstakeren i større grad er ikke i strid med EØS-retten. Konklusjonen er at det må avgjøres konkret hvor stor forskjell mellom kjønnene som kvalifiserer til at et kjønn "stilles dårligere" enn det andre.

³⁸ Nimz-saken premiss 15, Bilka-saken premiss 31.

³⁹ Forskrift av 17.7.1998 nr. 622

⁴⁰ LKN-2002-11 er eksempel på hvordan kravet til forskjellsbehandling drøftes.

⁴¹ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:33.

Begrepene svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjon er ikke klart definert i norsk rett. Begrepene benyttes ikke konsekvent og om hverandre. Jeg benytter begrepet svangerskapspermisjon om permisjon under graviditeten, før fødselspermisjon starter. Diskriminering grunnet uttak av svangerskapspermisjon kan bare ramme kvinner og medfører derfor direkte diskriminering, jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2.

Fødselspermisjon forstås som permisjon i umiddelbar nærhet til fødselen. I Norge er kvinner forbeholdt rett til fødselspenger tre uker før fødselen og pålagt permisjon seks uker etter fødselen.⁴² Disse ni ukene er permisjon forbeholdt kvinnen og diskriminering grunnet uttak av denne type permisjon medfører direkte diskriminering, jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2. Menn er forbeholdt fire uker fødselspermisjon og i tillegg gitt to ukers permisjon ved fødsel.⁴³ Disse seks ukene er permisjon forbeholdt menn og diskriminering grunnet disse permisjonene medfører direkte diskriminering, jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2.⁴⁴ Disse ni og seks ukene utgjør kvinnen og mannens fødselspermisjon.

Omsorgspermisjon forstås som permisjon foreldre velger å ta utover fødselspermisjon.⁴⁵ Det er atskillige flere kvinner enn menn som tar omsorgspermisjon. Diskriminering av arbeidstakere grunnet uttak av omsorgspermisjon rammer kvinner i tradisjonelle kjønnsroller og medfører dermed indirekte kjønnsdiskriminering, jf likestillingsloven § 3 tredje ledd. Menn som tar omsorgspermisjon utsettes ikke for forskjellsbehandling fordi de er i en situasjon som er typisk for menn, men fordi de har valgt å bryte med tradisjonelle kjønnsroller. Det er ikke rimelig at menn som ikke velger å ta omsorgspermisjon kommer bedre ut enn menn som tar omsorgspermisjon. Slik forskjellsbehandling vernes også av likestillingsloven og medfører indirekte diskriminering.⁴⁶

⁴² Lov om folketrygd 28.2.1997 nr. 19 (folketrygdloven) § 14-8, arbeidsmiljøloven § 31.

⁴³ Folketrygdloven § 14-10, arbeidsmiljøloven § 31.

⁴⁴ Se Likestillingsombudets sak-2003-271, sak-2003-338.

⁴⁵ Folketrygdloven §§ 14-7-14-9, arbeidsmiljøloven § 31.

⁴⁶ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:37.

For arbeidsgiver er det viktig å være klar over at forbudet mot graviditetsdiskriminering har et kjerneområde. Arbeidsgiver kan skille mellom de ulike tidsrom for kvinner og menn under sin utøvelse av styringsretten. Diskriminering begrunnet i svangerskaps- og fødselspermisjon medfører ulovlig direkte diskriminering. I avgjørelser som berører fravær i denne perioden foretas det således ingen interesseavveining og ulemper som likebehandlingen medfører for arbeidsgiver er ikke relevante i vurderingen av om forskjellsbehandlingen er lovlig.

Det kan derimot være mulig å forskjellsbehandle grunnet fravær i omsorgspermisjoner, jf likestillingsloven § 3 tredje ledd. Forarbeidene til likestillingsloven, som samsvarer med praksis fra EF-domstolen, påpeker imidlertid at hensynet til arbeidsgiver må være svært tungtveiende. Diskrimineringsforbudet skal være strengere jo kortere fravær det er tale om og jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen.⁴⁷

2.2.3 Trakassering og seksuell trakassering

Forbudet mot kjønnsdiskriminering omfatter også trakassering og seksuell trakassering jf likestillingsloven § 8a, arbeidsmiljøloven § 54C, og likebehandlingsdirektivet artikkel 2. Trakassering foreligger når arbeidsgiver utviser en ”uønsket adferd ... med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet” jf aml § 54C. Slik atferd kan være fysisk vold, skadeverk, ord og ytringer mv.⁴⁸ Med seksuell trakassering menes ”uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer” jf likestillingsloven § 8a. Slik oppmerksomhet kan være av verbal, ikke-verbal eller fysisk karakter, eksempelvis blikk, berøring, visning av bilder. I avgjørelsen av hva som anses som plagsomt skal det legges til grunn hva en alminnelig fornuftig kvinne eller mann ville ha funnet plagsomt.⁴⁹

⁴⁷ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:37.

⁴⁸ Ot.prp.nr.104 2002/2003 side:37.

⁴⁹ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:115.

I praksis kan trakassering på grunn av kjønn være vanskelig å skille fra seksuell trakassering. Jeg går ikke nærmere inn på dette.⁵⁰ Trakassering er ikke direkte forbudt i likestillingsloven, men et forbud vil antagelig følge av en tolkning av generalklausulen i likestillingsloven § 3 i lys av EØS-retten. Det foreligger forslag om å innføre et forbud mot trakassering grunnet kjønn i likestillingsloven.⁵¹

Videre benytter jeg begrepet kjønnsdiskriminering og forskjellsbehandling om tilfeller av direkte og indirekte forskjellsbehandling, trakassering og seksuell trakassering.

2.3 Positiv særbehandling

Diskriminering som bidrar til å fremme likebehandling og likestilling mellom kjønnene kan være lovlig, jf likestillingsloven § 3a og likebehandlingsdirektivet artikkel 2(8). Slik positiv særbehandling medfører at tilfellet hvor det foreligger kjønnsdiskriminering tillates fordi forskjellsbehandlingen reduserer reelle forskjeller mellom kjønnene i samfunnet. Arbeidsgivers adgang til positiv særbehandling beror på en konkret vurdering av hvor egnet særbehandlingen er til å fremme likestillingshensyn i virksomheten. Både direkte og indirekte diskriminering kan forsvares ved positiv særbehandling dersom vilkårene er oppfylt. Det finnes imidlertid ingen plikt til positiv særbehandling.

Det foreligger mye praksis, særlig fra EF-domstolen, om den nærmere adgangen til positiv særbehandling.⁵² Arbeidsgivers mulighet til å særbehandle det ene kjønn skal tolkes innskrenkende. En arbeidstaker kan bare foretrekkes fremfor en annen på grunnlag av kjønn, såfremt begge arbeidstakerne vurderes individuelt og objektivt i forhold til oppfyllelse av stillingskriterier. Positiv særbehandling må ha som formål å fremme like muligheter for begge kjønn. Det skal være samsvar mellom dette målet, og valgt middel. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med forskjellsbehandlingen er

⁵⁰ Se Ot.prp.nr.35 2004/2005 Om lov om endringer i likestillingsloven mv. punkt 7.6.2.3.

⁵¹ Innst.O.nr.70 2004/2005 Om lov om endringer i likestillingsloven som behandles i Odelstinget 255.4.2005.

⁵² Badeck-saken premiss 23, Abrahamsson-saken premiss 62, Lommers-saken premiss 39, Kalanke-saken og Marschall-saken. Se Nielsen Europæisk arbeidsret 2003 (Nielsen 2003) kapittel VIII 3.3.

oppnådd. Positiv særbehandling skal således være et proporsjonalt og midlertidig tiltak.⁵³

Positiv særbehandling kan være kvoteringsordninger, stillingsannonser som særlig oppfordrer det ene kjønn til å søke den utlyste stilling, kampanjer rettet mot det ene kjønn etc. Man skiller mellom radikal kvotering som gir det ene kjønn automatisk forrang selv om det andre kjønn er bedre kvalifisert, og moderat kvotering hvor det legges avgjørende vekt på kjønnnet først når kjønnene er tilnærmet, om ikke like godt kvalifiserte.

Et praktisk tilfelle av positiv særbehandling i ansettelsesprosessen er å øremerke stillinger for det ene kjønn. Øremerking av en eller flere stillinger for ett kjønn innebærer automatisk forrang, og det andre kjønnnet gis i realiteten ikke en reell mulighet til å bli vurdert for stillingen. Øremerking av stilling er radikal kvotering.

I Abrahamsson-saken for EF-domstolen gjaldt tvisten ansettelse i professorater ved Gøteborg Universitet, Sverige. Tilstrekkelig kvalifiserte kvinner ble automatisk foretrukket fremfor bedre kvalifiserte menn. EF-domstolen uttalte at en slik automatikk var i strid med kravet til objektive og individuelle vurderinger av alle arbeidssøkere som følger av likebehandlingskravet. Automatisk forrang for dårligere kvalifiserte personer var også i strid med forholdsmessighetskravet bak reglene om positiv særbehandling.⁵⁴ Kvoteringen var ikke tillatt som likestillingsfremmende tiltak. Denne avgjørelsen er i tråd med tidligere avgjørelser fra EF-domstolen, som uten å komme med eksplisitte uttalelser, har antydnet at radikal kvotering er forbudt.⁵⁵

Universitetet i Oslo ble i EFTA-domstolen dømt for å diskriminere menn ved å ha øremerket stillinger for kvinner.⁵⁶ EFTA-domstolen viste til EF-domstolens praksis og underkjente øremerkingen som lovlig middel. Særbehandlingen av kvinner måtte

⁵³ Ot.prp.nr.33 2004/2005 Diskrimineringsloven.

⁵⁴ Premiss 53 og 56.

⁵⁵ Badeck-saken premiss 23, Kalanke-saken premiss 22, Marschall-saken.

⁵⁶ UiO-saken.

foretas på en annen måte. Klagenemnda for likestilling underkjenner også radikal kvotering som egnet middel til å fremme likestilling i virksomheten i LKN-2003-10.

De nevnte avgjørelser er retningsgivende for norsk rett.⁵⁷ Likestillingsloven § 3a må derfor fortolkes innskrenkende, slik at radikal kvotering er forbudt særbehandling etter norsk rett. Arbeidsgiver kan blant annet ikke øremerke stillinger for å fremme likestilling.

Dersom kvinner og menn har tilnærmet like kvalifikasjoner er det forenelig med EF-retten å legge avgjørende vekt på kjønn.⁵⁸ Slik moderat kvotering kan tillates etter likestillingsloven. Denne adgangen er presisert i eksempelvis Universitetsloven § 6-3.⁵⁹ Positiv særbehandling er dermed bare tillatt på ellers like vilkår i norsk rett.

I dag forsøker Universitetet i Oslo å fremme likestilling på arbeidsplassen ved andre virkemidler enn øremerking av stillinger. I deres handlingsplan for likestilling benyttes eksempelvis konkrete måltall for hvor mange kvinner som skal ansettes hvert år.⁶⁰ EF-domstolen uttaler i den nevnte Abrahamsson-saken at en likestillingsplan også er omfattet av likebehandlingsdirektivets anvendelsesområde.⁶¹ Arbeidsgiver kan således ha en likestillingsplan hvor likestillingshensyn nedtegnes, men handlingsplanens bestemmelser om positiv særbehandling må være i tråd med likebehandlingsprinsippet. Måltall gir uttrykk for ønske om kvinner ved ansettelse, de antyder ikke at det ene kjønn skal foretrekkes uavhengig av det annet kjønns kompetanser. Ansettelsesprosessen er dermed åpen for begge kjønn, og handlingsplanen er ikke i strid med kravet om objektiv vurdering av alle søkere. Handlingsplanens måltall innebærer at når begge kjønn er like godt kvalifisert, kan det legges avgjørende vekt på kjønn. Dette er moderat kvotering. Handlingsplanen til Universitetet i Oslo er i tråd med likebehandlingskravet.

⁵⁷ Jf EØS-avtalen artikkel 33, Rt-1997-1954.

⁵⁸ Abrahamsson-saken premiss 62.

⁵⁹ Lov 1.4.2005 nr. 15, tidligere universitetslov 12.5.1995 nr. 22 § 30.

⁶⁰ Handlingsplan for likestilling ved Universitetet i Oslo 2004 og 2005.

⁶¹ Premiss 59.

Det er gitt én forskrift om adgang til positiv særbehandling. Forskrift om særbehandling av menn vedrørende undervisning av eller omsorg for barn. Arbeidsgiver kan legge avgjørende vekt på at en søker er mann, ved ansettelse i slike stillinger som medfører direkte kontakt med barn. Forskriften tillater ikke radikal kvotering og er således i tråd med likebehandlingsprinsippet.

Særbehandling av menn kan være ønskelig utover denne forskriftens anvendelsesområde, og spørsmålet er i hvilken grad arbeidsgiver har adgang til det. Positiv særbehandling må fremme likestillingslovens formål, jf likestillingsloven § 3a. Likestillingslovens formål tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling, i tillegg til generelt å fremme likestilling mellom kjønnene. Særbehandling av menn innebærer at kvinner settes til side. Slik handling vil ikke umiddelbart sikre kvinnens interesser og er således i strid med likestillingslovens formål. Særbehandling av menn kan imidlertid bryte ned tradisjonelle kjønnsmonstre, ved at flere menn eksempelvis kommer i arbeid i omsorgsykker eller tar lengre omsorgspermisjoner. Dette vil på sikt bedre kvinnens stilling i samfunnet, og er i tråd med likestillingslovens formål. Adgangen til å særbehandle menn er klart snevrere enn tilsvarende overfor kvinner, jf lovforarbeidene til likestillingsloven, og regelverket innen EØS.⁶² EF-domstolen er inne på problemstillingen om positiv særbehandling av menn i Schnorbus-saken uten at det svares direkte på i hvilken grad positiv særbehandling av menn er tillatt etter likebehandlingsdirektivet. EF-domstolen stenger imidlertid ikke for adgang til positiv særbehandling av menn. FNs kvinnekonvensjon og ILO-konvensjon nr. 111 stenger heller ikke for positiv særbehandling av menn når det kan fremme likestilling.

For arbeidsgiver innebærer dette at særbehandling av begge kjønn er tillatt såfremt de strenge vilkårene til positiv særbehandling er oppfylt. Hensynet til lovens formål tilsier større adgang til særbehandling når det bedrer en kvinnes stilling, enn når en manns posisjon bedres.

Likestillingsloven § 3a, jf likebehandlingsdirektivet artikkel 2(7), tillater også vernetiltak som gir særlig beskyttelse for kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og

⁶² Ot.prp.nr.33 1974/1975 side:34, Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:48, ordlyden i likebehandlingsdirektivet artikkel 2(8).

amming. Adgangen til å iverksette slike vernetiltak begrenses ikke av at mannlige arbeidstakere kan mene seg diskriminert, dette er en eksplisitt hjemmel for å beskytte kvinnens fysiske tilstand ved graviditet og fødsel. Eksempler på slikt vernetiltak er rett til fri for svangerskapskontroll og ammefri. Vernetiltak som forbyr gravide og ammende kvinner å utføre visse arbeidsoppgaver faller imidlertid ikke inn under dette unntaket i likestillingsloven § 3a. Slike vernetiltak medfører utestengning og tvang, kvinnen kan ikke velge å arbeide dersom hun er gravid.⁶³ Adgangen til å iverksette slike arbeidsforbud følger av det generelle ulovfestede saklighetskrav som kan tillate unntak fra diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3.

2.4 Arbeidsgivers aktivitetsplikt

Det gjeldende krav til arbeidsgiveres aktivitetsplikt pålegger offentlige og private arbeidsgivere å aktivt arbeide for likebehandling av kjønn i virksomheten, jf likestillingsloven § 1a. Med dette menes en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme like muligheter og rettigheter for ansatte uavhengig av kjønn. En slik aktivitetsplikt følger også av kravet til mainstreaming i EØS, som ble ytterligere utvidet i 2002, jf likebehandlingsdirektivet artikkel 2(5). I kravet til mainstreaming ligger at likestillingshensyn skal spille inn på alle nivå og på alle områder i samfunnet. Dette går ikke lengre enn plikten etter likestillingsloven § 1a og vurderingstemaene er således de samme som etter gjeldende norsk rett.

Aktivitetsplikten er et press på arbeidsgiver til å være bevisst likestillingsproblemer i personalpolitiske situasjoner. Arbeidsgiver bør blant annet vurdere å ta i bruk positiv særbehandling for å fremme likestilling. Det følger av forarbeidene til likestillingsloven at eventuell plikt til positiv særbehandling bare påligger offentlige arbeidsgivere.⁶⁴ Det er vanskelig å tenke seg at aktivitetsplikten skaper konkrete rettigheter for arbeidstaker, og at arbeidsgivers brudd på aktivitetsplikten kan sanksjoneres.⁶⁵ Oppfyllelse av aktivitetsplikten vil imidlertid være relevant i vurderingen av eventuelt erstatningsansvar for arbeidsgiver overfor arbeidstaker, jf likestillingsloven § 17 jf

⁶³ Eksempelvis Forskrift om arbeid med ioniserende stråling av 14.6.1985 nr. 1157 § 6.

⁶⁴ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:40.

⁶⁵ Ibid side:20

§ 16.⁶⁶ Eksempelvis må arbeidsgiver godtgjøre overfor en forbigått arbeidssøker at graviditet ikke ble vektlagt ved ansettelsen, og det kan være relevant om arbeidsgiver ellers har integrert likestillingshensyn i den daglige driften av virksomheten. Aktivitetsplikten kan også ha betydning for ansettelse i en barnehage hvor det er overvekt av kvinnelige ansatte. Menn kan da kanskje særbehandles. Arbeidsgiver fremmer ikke likestillingshensyn ved å overse mannlige arbeidssøkere i en slik situasjon. Selv om det ikke foreligger en plikt til særbehandling, kan privat arbeidsgiver her være forpliktet til å vurdere særbehandling.

2.5 Det ulovfestede saklighetsprinsippet

Styringsretten kan begrenses av allmenne saklighetsnormer. I offentligrettslige arbeidsforhold følger saklighetsprinsippet av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Alle beslutninger truffet av arbeidsgiver som har konsekvenser for arbeidstaker må være basert på et forsvarlig grunnlag, og verken være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.

I privat sektor er det mer uklart om krav om saklighet er et generelt arbeidsrettslig prinsipp. Krav om saklig grunn for avgjørelse er lovfestet ved oppsigelse og avskjed, jf arbeidsmiljøloven §§ 60 og 66. Den nye arbeidsmiljøloven vil lovfeste at det må foreligge saklig grunn for å foreta kontrolltiltak i virksomheten.⁶⁷ Saklighet vil si at avgjørelsen skal være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten, tiltaket skal være egnet til å fremme formålet og tiltaket skal ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne. Saklighet er imidlertid ikke det samme i alle situasjoner, og hva som er saklig må avgjøres konkret. Krav om saklighet ved ansettelse og endring av arbeidsoppgaver er ikke lovfestet. Spørsmålet er om det er hjemmel for å si at alle avgjørelser arbeidsgiver tar, som har virkning for arbeidstakers rettigheter eller plikter, skal være saklig begrunnet. Det vil innebære at valg av arbeidstaker ved ansettelse, omplassering og forfremmelser av arbeidstakere skal være saklig begrunnet, eksempelvis at det legges avgjørende vekt på kvalifikasjoner.

⁶⁶ Se del IV.

⁶⁷ Ot.prp.nr.49 2004/2005 Arbeidsmiljøloven, forslag til § 9-1.

Høyesterett har i Kårstø-dommen i Rt-2001-418 uttalt at ”styringsretten begrenses ... av mer allmenne saklighetsnormer”. Høyesterett stiller her saklighetskrav til den private arbeidsgivers saksbehandling. Høyesterett uttaler også i Nøkk-dommen i Rt-2000-1602 at rimelighet er et relevant hensyn ved tolkning av arbeidsavtaler og avgjørelser av hvor grensene for arbeidsgivers styringsrett går. Høyesterett synes ikke å legge avgjørende vekt på at arbeidsgiver i denne saken er kommunen, og således ikke en privat virksomhet. Uttalelsene om styringsretten er generelle. Disse avgjørelsene taler for at det eksisterer et generelt saklighetskrav for private arbeidsgivere, også ved ansettelser og bestemmelser om arbeidsvilkår.

Det er uenighet i juridisk teori hvorvidt et saklighetsprinsipp for private arbeidsgivere er stadfestet i norsk rett. Henning Jakhelln mener det gjelder et slikt generelt arbeidsrettslig prinsipp.⁶⁸ Jan Tormod Dege er mer tilbakeholden med å stadfeste et saklighetskrav som også gjelder ved ansettelser.⁶⁹

I forarbeidene til ny arbeidsmiljølov drøfter lovgiver vern av midlertidige ansatte ved senere ansettelser i virksomheten.⁷⁰ Lovgiver tar ikke stilling til om det kan utledes et generelt ulovfestet saklighetsprinsipp ved ansettelser i privat sektor fra de nevnte Høyesterettsavgjørelsene. Ved ansettelse i faste statlige og kommunale stillinger må det foreligge saklig grunn for ikke å ansette den midlertidige ansatte, jf saklighetskravet i forvaltningsretten. Det påpekes at det ikke foreligger grunn til at arbeidstakere i privat sektor skal ha svakere rettsstilling enn det ansatte i kommunal og statlig sektor har, og det lovfestes en slik fortrinnsrett for midlertidige ansatte.⁷¹ I senere forarbeider til samme lov uttaler lovgiver at synspunktene fra de nevnte Høyesterettsavgjørelsene skal anvendes både i private, kommunale og statlige ansettelsesforhold, i avgjørelsen av hvor

⁶⁸ Jakhelln kapittel 4.4.1.

⁶⁹ Dege kapittel 4.1.

⁷⁰ NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget side:300.

⁷¹ Ibid, forslag til § 14-2.

langt arbeidsgivers styringsrett strekker seg ved endring av arbeidsoppgavene.⁷² På flere og flere områder i arbeidsretten ser vi at saklighetskrav lovfestes.

Arbeidsavtaler innebærer et underordningsforhold hvor arbeidstaker er den svakere part og arbeidsgiver har styringsrett. Rimelighetshensyn taler for at det gjelder et saklighetsprinsipp i denne sammenheng.

Høyesteretts uttalelser og hensynene som ligger bak lovgivers bestemmelser om å innføre saklighetskrav stadig flere steder i arbeidsretten, viser at arbeidsgiver må ta hensyn til allmenne saklighetsnormer i sine avgjørelser. Et saklighetsprinsipp har også et upresist innhold, og medfører således ikke klare krav i alle situasjoner. Konklusjonen er at det i dag eksisterer et generelt ulovfestet saklighetsprinsipp i arbeidsretten.

Saklighetskravet er en selvstendig hjemmel til å underkjenne arbeidsgivers avgjørelser. I forhold til forbudet mot kjønnsdiskriminering er dette relevant ved at kjønn ikke er en slik saklig grunn til forskjellsbehandling. Eksempelvis at arbeidsgiver påbyr arbeidsuniform som ikke er forenelig med annet hodeplagg. Pålegget er i utgangspunktet lovlig dersom arbeidsgiver har en saklig begrunnelse. Det vil imidlertid ramme islamske kvinner som bærer hijab i større grad enn menn, og kan medføre ulovlig indirekte kjønnsdiskriminering.

Forbudet mot kjønnsdiskriminering er heller ikke absolutt. Det er en snever ulovfestet unntaksmulighet fra ellers direkte diskriminering dersom det foreligger saklig grunn for forskjellsbehandling.⁷³ Dette er en annen side av ulovfestede saklighetskrav. Her utvides arbeidsgivers handlefrihet. Et eksempel på en slik saklig grunn er at det ene kjønn kan foretrekkes hvis kjønn er en avgjørende kvalifikasjon for arbeidet. Eksempelvis kan det ansettes en kvinnelig skuespiller når det er nødvendig for rollebesetningen. Denne unntaksmuligheten kommer til uttrykk i likestillingsloven § 4 om muligheten til å utlyse en stilling for ett kjønn. Reglene om positiv særbehandling i

⁷² Ot.prp.nr.49 2004/2005.

⁷³ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:40, likebehandlingsdirektivet artikkel 2, se LKN-2004-1.

likestillingsloven § 3a bygger også på at det kan foreligge saklig grunn for forskjellsbehandling. Det samme gjør reglene om bevisbyrde i likestillingsloven § 16. Dersom en arbeidssøker mener seg diskriminert og arbeidsgiver ikke kan vise til andre saklige begrunnelser for sin handling, anses forholdet å være begrunnet i kjønn og således ulovlig.

3 Plan for den videre fremstilling

Jeg vil i del II behandle begrensninger på arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse; hvilke praktiske konsekvenser forbudet mot kjønnsdiskriminering kan få ved utlysning av stilling og ved intervju av arbeidssøkere. Deretter vil jeg i del III behandle hvordan arbeidsgivers frihet, ved organisatorisk drift av virksomheten som pålegg og endring av lønns- og arbeidsvilkår, begrenses av forbudet mot kjønnsdiskriminering. I del IV Avslutning vil jeg kort redegjøre for hvilke konsekvenser brudd på kjønnsdiskriminering kan få og arbeidsgivers bevisbyrde.

DEL II ANSETTELSE

4 Innledning

Arbeidsgiver kan i utgangspunktet fritt ansette en eller flere arbeidstakere. Dette er kjernen i arbeidsgivers styringsrett. Denne friheten kan imidlertid begrenses ved lov, og likestillingsloven forbyr kjønnsdiskriminering. Hvilket kjønn arbeidssøker har, er ikke et saklig kriterium for forskjellsbehandling ved ansettelse, jf likestillingsloven § 4 annet ledd jf § 3 og likebehandlingsdirektivet artikkel 3. Ved ansettelser innebærer likebehandlingsprinsippet at søkere av begge kjønn skal ha like muligheter til å søke stillingen og like muligheter til å bli vurdert til stillingen.⁷⁴ Likebehandlingskravet er likevel ikke et krav om at arbeidsgiver må ansette det svakere stilte kjønn.

Ved ansettelse er arbeidsgivers vurderingsgrunnlag arbeidssøkernes oppfyllelse av stillingskriteriene. Arbeidsgiver kan ha bestemte ønsker i forhold til egenskaper og kvaliteter hos den kommende arbeidstakeren. Innhold og utforming av slike stillingskriterier begrenses av forbudet mot kjønnsdiskriminering. Stillingskriteriene følger av stillingsutlysningen, den nærmere beskrivelse av stillingen som annonsen bygger på og etterfølgende prøve eller intervju. Hvilke momenter arbeidsgiver kan vektlegge, i skjønnsutøvelsen ved vurderingen av arbeidssøkerne, begrenses tilsvarende av forbudet mot kjønnsdiskriminering. Denne delen av oppgaven vil behandle hvilke stillingskriterier arbeidsgiver ønsker å vektlegge som kan stride mot likebehandlingsprinsippet.

⁷⁴ Jf Colson-saken, se Blanpain European Labour Law 2003 side:390.

5 Utlysning av stilling

5.1 Utgangspunkt

Det følger av likestillingsloven § 4 første ledd at det helst ikke skal brukes kjønnsbestemte stillingsbetegnelser eller gis inntrykk av at arbeidsgiver foretrekker det ene kjønn. Stillingsannonse skal som utgangspunkt være nøytral.

I ansettelsesprosesser kan det spørres om det er i strid med likestillingshensyn å nøye seg med å vurdere innkomne søknader dersom det ikke foreligger søkere av det ene kjønn som er underrepresentert på arbeidsplassen. Eksempelvis at ingen menn har søkt på stilling som sykepleier i en kvinneorientert institusjon. Arbeidsgivers styringsrett innebærer at arbeidsgiver bestemmer om det foreligger tilstrekkelig med kvalifiserte søkere til en stilling, eller om stillingen skal utlyses igjen. Arbeidsgiver har også frihet til å ikke ansette noen selv om stillingen er utlyst. Det foreligger ingen plikt til positiv særbehandling. Arbeidsgiver må ikke ansette en mann selv om han kunne ha mulighet til det i denne situasjonen. Likebehandlingskravet begrenser ikke styringsretten her. Det foreligger ikke et krav om at det må foreligge søkere fra begge kjønn, og arbeidsgiver har ikke plikt til å etterlyse søkere fra det underrepresenterte kjønn.

5.2 Søker etter det ene kjønn

Arbeidsgiver har til tider ønsket om et bestemt kjønn til en stilling. Det kan eksempelvis være ønskelig å rekruttere flere kvinner til en mannsdominert virksomhet. Eller arbeidsgiver ønsker seg en sterk person, fortrinnsvis en mann til et fysisk krevende arbeid. Et tredje eksempel er at arbeidsgiver kommer best overens med menn og derfor ikke ønsker å ansette kvinner. Problemstillingen er hvilke behov som kan lovliggjøre anmodning om det ene kjønn i stillingsannonse.

En stillingsannonse kan ikke rettes mot det ene kjønn med mindre det foreligger en "åpenbar grunn" jf likestillingsloven § 4 første ledd. Dette er en lovfesting av det

generelle kravet innen EØS-retten om at en stilling ikke passer bare det ene kjønn, med mindre kjønn er ekte ervervskvalifikasjon, jf likebehandlingsdirektivet artikkel 2.⁷⁵

Formuleringer som ”ønskes kun menn”, ”mannlig vikar ønskes”, ”søkes etter en mann til lagerarbeid” og lignende retter seg klart mot menn og omfattes av forbudet. Som det kommer frem av lovteksten omfatter forbudet også mer indirekte antydninger til at ett kjønn foretrekkes, eksempelvis bruk av ”han” eller ”hun”. En stillingsannonse som fokuserer på mannlige eller kvinnelige egenskaper anses også som rettet mot det ene kjønn.⁷⁶ Dersom annonsen angir at hodeplagg forbys i arbeidet, vil et slikt forbud ramme muslimske kvinner med hijab i større grad enn muslimske menn, og stillingsannonsen kan anses som rettet mot menn.⁷⁷ Det er ikke tilstrekkelig at de enkelte ord og bilder er kjønnsnøytrale, dersom helhetsinntrykket av stillingsannonsen antyder at ett kjønn er å foretrekke er dette i strid med forbudet.⁷⁸

”Åpenbar grunn” til å søke etter det ene kjønn vil si at det må være begrunnet i stillingens karakter at det ene kjønn er nødvendig. Kjønnstilhørighet må være en avgjørende faktor, det andre kjønn kan ikke utføre arbeidet tilfredsstillende.⁷⁹ Dersom kjønn ikke er avgjørende for å utføre stillingen, kan ikke arbeidsgiver søke etter bare det ene kjønn. Behov for en modell eller skuespiller av det ene kjønn kan være åpenbar grunn til å søke bare etter dette kjønn.⁸⁰ Behov for mannlige pleiearbeidere kan også være grunn god nok til å søke etter menn.⁸¹ Kravet til åpenbar grunn praktiseres strengt av EF-domstolen, Klagenemnda for likestilling og Likestillingsombudet. Se

⁷⁵ Mer om kjønn som ekte ervervskvalifikasjon Vigerust Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser 2003 (Vigerust 2003) side:152, Nielsen 2003 side:370.

⁷⁶ Ot.prp.nr.33 1974/1975 side:56.

⁷⁷ Se LKN-2001-8.

⁷⁸ Se LKN-1980-2 der det vektlegges at ordet ”syerske” er mer iøynefallende enn forsikringer om at likestillingsloven vil bli fulgt i ansettelsesprosessen.

⁷⁹ Se Universitetsloven § 6-3 som bestemmer at ansettelsesutvalg som foretar sakkyndig bedømmelse skal bestå av begge kjønn for å sikre at kvalifikasjonskravene er kjønnsuavhengige.

⁸⁰ Se Likestillingsombudets sak-2004-362

⁸¹ LKN-2002-12.

eksempelvis LKN-1980-2 der det ikke var godgjort at det var behov for mannlig lagerarbeider.

Av hensyn til konsekvens i regelverket er det ikke tillatt å beskrive kvalifikasjoner i stillingsannonсен som det ikke er tillatt å vektlegge i vurderingen av arbeidssøkerne. Et eksempel er å skrive at arbeidet ikke passer for gravide grunnet røntgenstråling. Stillingen kan anses rettet mot menn og faller således inn under likestillingsloven § 4s anvendelsesområde. Arbeidsgiver kan ikke la være å ansette en gravid kvinne med begrunnelse i at hun må omplasseres en kortere eller lengre periode.⁸² Arbeidsgiver kan da heller ikke gi inntrykk i stillingsannonсен av at gravide arbeidssøkere ikke er ønsket. Øremerking av stilling til det ene kjønn, er som nevnt i kapittel 2.3 forbudt. Når arbeidsgiver ikke kan gi automatisk forrang til det ene kjønn i vurderingen av søkerne, kan ikke en stillingsannonse heller angi at stillingen er øremerket kvinner, eller menn.

Krav om en fysisk sterk arbeidstaker er praktisk i forhold til hvor grensen til ”åpenbar grunn” trekkes. Kvinner er generelt sett fysisk svakere enn menn, men det forekommer sterke kvinner og svake menn. Arbeidssøkere skal vurderes individuelt, og slik vurdering vil antagelig ikke forekomme dersom arbeidsgiver antyder at kvinner ikke kan utføre arbeidet. Likebehandlingskravet medfører at begge kjønn skal ha like muligheter, det er intet krav om at arbeidstakere må ansette en kvinne i dette tilfellet. Fysikk er derimot ingen ”åpenbar grunn” til at kun menn er i stand til å fylle stillingen. EF-domstolen slår også fast i Johnston-saken at kvinner ikke på generelt grunnlag kan beskyttes mot ubehagelig arbeid. Arbeidsgiver skal ikke ta en slik vurdering på vegne av arbeidssøkeren. Kvalifikasjonen styrke må dermed angis kjønnsnøytralt, eksempelvis at arbeidsoppgavene vil være fysisk krevende.

Det er store forskjeller i Europa på kvinnesyn og hvilke arbeid som er passende for ulike kjønn. EF-domstolen har avsagt flere avgjørelser om hvor grensen går for kjønn som ekte ervervskvalifikasjon og oppstilt strenge vilkår. Hensynet til rikets sikkerhet er blant annet relevant i vurderingen av om kjønn er en ekte ervervskvalifikasjon. Medlemslandene kan velge å reservere noen kampheter i militæret for menn, men

⁸² Se kapittel 6.2.2.

kvinner kan ikke utelukkes fra militæret på generelt grunnlag bare fordi tjenesten innebærer omgang med våpen og fordi farlige situasjoner kan oppstå.⁸³ EF-retten fant i Johnston-saken at det stred mot likebehandlingsdirektivet når kvinner ble beskyttet mot bevæpnede politioppgaver i Nord-Irland. Utførelsen av farlig eller ubehagelig arbeid er ikke avhengig av kjønn. Kvinner kan heller ikke på generelt grunnlag beskyttes mot arbeid i fengselsvesenet og i politiet uten at det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet.⁸⁴ EF-domstolen har imidlertid funnet at stilling som jordmor kan reserveres kvinner av hensyn til fødende kvinner.⁸⁵ Disse dommene er retningsgivende for hva som er ”åpenbar grunn” til å søke etter kun det ene kjønn i norsk rett. Det er viktig å være klar over at utstrakt mulighet til å søke etter det ene kjønn vil være med å opprettholde tradisjonelle syn på kvinner og menn, og hva som er passende arbeid. Dette er ikke i tråd med likestillingslovens formål. Det endrer seg også over tid hva som kan begrunne krav om det ene kjønn til en stilling. Som eksempel kan nevnes bluferdighet. Det har vært antydning i juridisk teori at bluferdighet kan begrunne at renholdspersonale ved toaletter skal være av samme kjønn som brukerne av toalettene.⁸⁶ Det er ikke sikkert at bluferdighet vil være tilstrekkelig til å lyse ut stilling til bare det ene kjønn i dag.

Dersom stillingsannonser er rettet mot eksempelvis menn, kan det spørres om arbeidsgiver er forhindret fra å ansette en kvinne i stillingen. Det må foreligge en ”åpenbar grunn” for å kunne lyse stillingen ledig for bare menn. Hvis arbeidsgiver ansetter en kvinne betyr det at en kvinne kan utføre arbeidsoppgavene og det har således ikke foreligget ”åpenbar grunn” til at bare menn kan fylle stillingskriteriene. Stillingsutlysningen medfører da ulovlig kjønnsdiskriminering. Arbeidssøkere som føler seg forbigått må eventuelt forfølge arbeidsgivers brudd på likestillingsloven. Ansettelsen av kvinnen er ikke i seg selv ugyldig.

Arbeidsgiver har anledning til å særbehandle det ene kjønn dersom det vil fremme lovens formål og likestilling mellom kjønnene, jf likestillingsloven § 3a. En type

⁸³ Sirdar-saken, Kreil-saken. Se Nielsen 2003 side:370, Nyström EU och arbetsrätten 2002 side:222.

⁸⁴ Sak-318/86.

⁸⁵ Sak-165/82.

⁸⁶ Viguerust 2003.

særbehandling er å spesielt oppfordre det ene kjønn til å søke stillingen. Arbeidsgiver ønsker eksempelvis at flere kvinner søker stillingen. Oppfordringen innebærer ikke at arbeidsgiver vil eller kan foretrekke det ene kjønn ved ansettelsen, men arbeidsgiver har behov for å øke antall kvalifiserte søkere fra det underrepresenterte kjønn. Etter en konkret vurdering av annonsen kan konklusjonen bli at ”oppfordring til kvinner om å søke stillingen” ikke innebærer at stillingsannonsen anses som rettet mot bare kvinner, og oppfordring faller således utenfor likestillingsloven § 4. Arbeidsgivers adgang til å oppfordre det ene kjønn til å søke stillingen vurderes etter reglene om positiv særbehandling i likestillingsloven § 3a. Såfremt det er et reelt behov for arbeidsgiver å motta søknader fra begge kjønn kan arbeidsgiver antagelig oppfordre det underrepresenterte kjønn til å søke.⁸⁷

En annen type positiv særbehandling er å legge avgjørende vekt på kjønn ved ansettelsen. Denne skjønnsutøvelsen av arbeidssøkerne skjer etter stillingsannonsen i tid. Et eksempel er ansettelse av en lærer på en skole hvor lærerstaben er kvinnedominert, arbeidsgiver kan da muligens særbehandle mannlige søkere. For å opplyse om mulig særbehandling av det ene kjønn kan arbeidsgiver skrive i stillingsannonsen at slik positiv særbehandling vil bli benyttet. Eksempelvis at ”menn vil bli prioritert” eller ”mannlige søkere foretrekkes”. Som beskrevet tidligere kan ikke en mann foretrekkes fremfor en kvinne som er bedre kvalifisert. Dette innebærer at uttalelsen i stillingsannonsen ikke kan utelukke kvinnelige søkere til stillingen selv om positiv særbehandling vil bli benyttet. Arbeidsgiver kan først legge avgjørende vekt på kjønn, når alle søkere er individuelt vurdert. Likestillingsloven § 3a utvider dermed ikke arbeidsgivers adgang til å søke etter det ene kjønn. Adgangen til å lyse ut stillingen overfor bare ett kjønn følger utelukkende av likestillingsloven § 4.

Dersom stillingsannonsen ikke opplyser om at adgangen til positiv særbehandling av det ene kjønn vil bli benyttet, kan det spørres om adgangen til å særbehandle ved ansettelse dermed er avskåret fordi en slik stillingsannonse vil virke misvisende på arbeidssøkernes mulighet til å bli ansatt. Retten til å særbehandle følger imidlertid av loven og det oppstilles ingen krav om opplysningsplikt for arbeidsgiver verken i loven

⁸⁷ Se Likestillingsombudet sak-2004-362.

eller i EØS-retten. Positiv særbehandling er en mulighet for arbeidsgiver for å fremme likestilling på arbeidsplassen. Arbeidsgiver kan legge avgjørende vekt på søkerens kjønn når det ikke foreligger en bedre kvalifisert søker av det andre kjønn. Med vekt på at det ikke foreligger opplysningsplikt er konklusjonen at arbeidsgiver ikke er avskåret fra å kunne særbehandle det ene kjønn selv om det ikke er opplyst om dette i stillingsannonsen.

6 Intervju

6.1 Utgangspunkt

En vurdering av hvem som skal ansettes er en subjektiv vurdering fra arbeidsgiver på bakgrunn av søkerens oppfyllelse av stillingskriteriene som arbeidsgiver har fastsatt. Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten foreta et intervju i form av samtaler eller prøver, for bedre å kunne vurdere hvem som passer best til stillingen. Unnlatelse av å kalle inn kvalifisert søker til intervju motivert av søkerens kjønn kan medføre ulovlig direkte kjønnsdiskriminering.⁸⁸

I et eventuelt intervju kan arbeidsgiver stille spørsmål som anses nødvendige og saklige for å vurdere søkerens egnethet til stillingen, jf det ulovfestede saklighetskrav. Dette kan i praksis være spørsmål om kvalifikasjoner som ikke kommer til uttrykk i stillingsannonsen.⁸⁹ Intervjusituasjonen har imidlertid sammenheng med stillingsutlysningen ved at de samme stillingskvalifikasjoner som er ulovlig å kreve i stillingsutlysningen, heller ikke kan kreves opplyst om ved et intervju.

Det er ikke i strid med saklighetsprinsippet eller forbudet mot kjønnsdiskriminering å ta hensyn til annet enn formelle kvalifikasjonene. Personlige forhold og andre forhold ved søkeren kan arbeidsgiver således vektlegge.⁹⁰ Høyesterett dom i Rt-1986-879 dreier

⁸⁸ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:28.

⁸⁹ Eksempelvis søkerens motivasjon for stillingen.

⁹⁰ Ot.prp.nr.67 1996/1997 Arbeidsmiljøloven punkt 8.2.3, 8.7.3, Rt-1976-614.

seg om en saklighetsvurdering i forbindelse med oppsigelse. I valget mellom flere ansatte beholdt virksomheten en kvinne som var eneforsørger for et barn. Høyesterett tillot at kvinnen ikke ble oppsagt utelukkende av hensyn til sosiale og menneskelige hensyn. Høyesteretts vektlegging av sosiale og menneskelige hensyn kan gi anvisning på at slike hensyn kan vektlegges i andre situasjoner der det velges hvilke arbeidstakere som skal nyte godt av en vurdering. Forfremmelse er en slik vurdering og dommen kan tas til inntekt for at det kan være et moment i helhetsvurderingen av ansatte å vektlegge familiesituasjonen til arbeidstaker.

EF-domstolen tillater også at det i helhetsvurdering av søkerne vektlegges personlige forhold eller kvalifikasjoner som særlig det ene kjønn har.⁹¹ I Rummler-saken var det tillatt å vektlegge fysisk styrke ved ansettelsen selv om menn generelt sett er bedre egnet til å oppfylle dette kravet. EFTA-domstolen har videre bestemt at det er tillatt å legge vekt på kjønns- og likestillingskompetanse, herunder kvinnelig livserfaring ved tilsetting av søkere.⁹² En søkers kunnskaper om problemstillinger rundt kjønn og arbeid er således relevante. Dette betyr ikke at det ubetinget kan vektlegges at en søker eksempelvis er kvinne, men det kan legges vekt på en kvinnes livserfaring utover hennes arbeidserfaring for å bedømme evner og velegnethet til den aktuelle stillingen. Dersom arbeidsgiver foretrekker personlige forhold ved en kvinnelig søker, vil ikke det i seg selv medføre diskriminering av menn. Kravet om at ansettelsesprosessen er saklig betyr ikke at den best formelt kvalifiserte søkeren har krav på stillingen, men søkerne har rettslig krav på at ansettelsen ikke er begrunnet i kjønn.

6.2 Særlig om graviditet

6.2.1 Oversikt

Et område vedrørende ansettelse av arbeidstaker hvor kjønnsdiskriminering er særlig praktisk er ved ansettelse av unge kvinner. Kvinner som får barn er fraværende i kortere eller lengre perioder i forbindelse med svangerskap og fødsel, og vikarer må læres opp.

⁹¹ Abrahamsson-saken premiss 47-48, Rummler-saken.

⁹² UiO-saken premiss 57.

Arbeidsgiver ønsker ofte ikke å bære ulempene og kostnadene ved dette. Menn har også rett til fødsels- og omsorgspermisjoner og kan bli diskriminert ved ansettelse i forbindelse med uttak av disse. Graviditetsdiskriminering kan således være aktuelt overfor begge kjønn, men i praksis omhandler de fleste tvistene kvinner.

Graviditet, fødsel eller utnyttelse av permisjonsrettigheter i forbindelse med dette er ikke et lovlig stillingskriterium. Det er ulovlig direkte diskriminering å vektlegge eventuell graviditet og fødselspermisjon i skønnsvurderingen av hvem arbeidsgiver skal ansette, jf likestillingsloven § 4 jf § 3 annet ledd som samsvarer med EØS-rettslige krav.⁹³ Det medfører indirekte diskriminering å vektlegge fravær ved omsorgspermisjon ved ansettelse. Indirekte diskriminering kan tillates, men som hovedregel skal det svært mye til for at hensynene til arbeidsgiver kan lovliggjøre slik forskjellsbehandling.

Jeg behandler tilfeller av graviditetsdiskriminering der arbeidssøkeren forbigås i søknadsprosessen og der arbeidstakeren blir ansatt for så å bli sagt opp, sammen. Ettersom det sentrale her er forholdene ved ansettelsen og opplysninger om graviditet, legger jeg ikke særlig vekt på det formelle skillet mellom en ansettelsessak og en oppsigelsessak.⁹⁴

Det typiske tilfellet ved ansettelse og graviditet, er at det ikke er opplyst om graviditet eller planer om barn, eller at det er svart misvisende på eventuelle spørsmål om dette i søknad eller på intervju. Arbeidsgiver kan føle det som lojalitetsbrudd og bristende forutsetninger for ansettelsen dersom det ansettes en arbeidstaker som ikke har opplyst om fravær som følge av svangerskaps- og fødselspermisjon. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold er i denne sammenheng et viktig hensyn. Kostnader og ulemper for arbeidsgiver ved å skaffe vikarer og annen tilrettelegging kan være omfattende, og hensynene til arbeidsgiver kan være tungtveiende. Det er imidlertid samfunnsmessig

⁹³ Likebehandlingsdirektivet artikkel 2(7) jf graviditetsdirektivet 92/85/EØF. Se Dekker-saken hvor arbeidsgiver ikke lovlig kunne nekte å inngå ansettelseskontrakt begrunnet i at arbeidssøkeren var gravid.

⁹⁴ Om det formelt er en ansettelsessak eller en oppsigelsessak har ikke avgjørende betydning for resultatet. Bristende forutsetninger er ofte en saklig grunn til oppsigelse. Se LKN-2002-7 og TeleDanmark-saken.

ønskelig at det fødes barn, og at kostnadene ved barnefødsler fordeles mellom folketrygden og arbeidsgivere. Det er derfor bestemt at vernet mot graviditetsdiskriminering skal være særlig sterkt i forhold til annen kjønnsdiskriminering.⁹⁵ I kapittel 6.2.2 redegjøres det for arbeidsgivers adgang til å etterlyse opplysninger om fremtidige familieplaner. I kapittel 6.2.3 påpekes det hvordan hensynene til arbeidsgiver kan ha ulik vekt avhengig av om arbeidssøkeren svarer ærlig eller uærlig på spørsmål om familieplanlegging.

6.2.2 Arbeidsgivers mulighet til å vektlegge graviditet, samt å spørre om familieforøkelse

Arbeidstaker har lojalitetsplikt overfor potensiell arbeidsgiver.⁹⁶ Søkeren skal opptre lojalt overfor arbeidsgiveren og som utgangspunkt har arbeidssøker informasjonsplikt i ansettelsesprosessen. Dette innebærer å gi opplysninger som er relevante for stillingens karakter og svare på spørsmål fra arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan i utgangspunktet spørre arbeidssøkeren om alt som har saklig relevans for stillingen.⁹⁷ Fortiede, tilbakeholdte eller bevisst uriktige opplysninger av en viss betydning for stillingens art og formål kan kvalifisere til heving av ansettelsesavtalen etter alminnelige avtalerettslige regler, eller til oppsigelse etter arbeidsrettens regler.⁹⁸

Som nevnt er det forbudt å vektlegge graviditet i vurderingen ved ansettelser. Det er imidlertid ikke et kunnskapsforbud om eventuelle graviditeter for arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan godt være klar over at arbeidssøkeren er gravid eller at det planlegges familieforøkelse, men disse momentene kan ikke ha relevans for ansettelsen.

⁹⁵ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:37.

⁹⁶ Rt-1996-1401, Dege side:201, Jakhelln side:202.

⁹⁷ Se kapittel 6.1.

⁹⁸ Rt-2004-76 der tiltredelsestidspunktet angis som skillet mellom avtalerettens og arbeidsretts anvendelsesområde for avslutting av arbeidsforholdet: hvilke formkrav og prosesskrav som gjelder. Materielt er ikke forskjellen særlig stor fordi uriktige opplysninger kan være saklig grunn til oppsigelse. Se om kontraktsrevisjon og heving av kontraktsavtale Viggo Hagstrøm Obligasjonsrett 2002 kapittel 12, 18 og Jakhelln side:204.

En problemstilling er om arbeidsgiver i det hele tatt kan spørre om graviditet eller familieplanlegging. I favør av en slik adgang taler arbeidsgivers ønske om å bli kjent med arbeidssøkeren, og vurdere hvordan denne personen passer inn i virksomheten. Bakgrunnen for å spørre om familieplanlegging vil ikke nødvendigvis være motivert av et ønske om å luke ut potensielle foreldre. Arbeidsgiver vil kunne ønske å få et bedre bilde av personligheten til den som ansettes. Hvordan vedkommende ser på familieplanlegging vil naturlig gi et bidrag til en slik vurdering.

I noen situasjoner er det av helsemessige årsaker forbudt at gravide arbeider i stillingen.⁹⁹ Arbeidsgiver har en omplasseringsplikt for gravide og ammende arbeidstakere, og for arbeidstakere i forplantningsdyktig alder der de ikke kan arbeide under ellers gjeldende forhold. Arbeidsgiver vil da ha mulighet til å spørre om graviditet ved ansettelsen, begrunnet i at arbeidssøkeren må gis et annet arbeid i tidsrommet for graviditet og amming. Det understrekes at denne adgangen til å spørre om graviditet ikke er en utvidet rett til ikke å ansette arbeidstakeren. Hensynet til arbeidsgivers ulemper med å tilrettelegge arbeidet er ikke relevant i vurderingen av om kvinnen skal ansettes eller ikke.¹⁰⁰

Utover helsemessige årsaker, er det vanskelig å tenke seg at kjennskap til eventuell graviditet har relevans for tilrettelegging av stillingen, og således at det kan spørres om familieplanlegging. Spørsmål som stilles arbeidssøkeren må ha saklig grunn. Ettersom arbeidsgiver vil være forhindret fra å vektlegge opplysningen vil dette sjelden være tilfellet. Forarbeidene til ny arbeidsmiljølov og juridisk teori antyder også at som hovedregel vil en forespørsel om familieplanlegging være ulovlig.¹⁰¹

⁹⁹ Forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart 21.2.1986 nr. 540 § 6, Forskrift om forplantningsskader og arbeidsmiljø 25.8.1995 nr. 768 §§ 10, 12, Forskrift om vern mot eksponering for kjemikalier på arbeidsplassen 30.4.2001 nr. 443 § 34, Forskrift om arbeid med ioniserende stråling 14.6.1985 nr. 1157 § 6.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:37.

¹⁰¹ NOU 2004:5 side:426, Dege side:63.

En tilgrensende problemstilling er hvordan arbeidsgiver kan vektlegge tilgjengelighet av arbeidstaker og forsvarlig bemanning på arbeidsplassen som stillingskriterium.

Tilgjengelighetskriteriet kan være relevant der arbeidstakeren vil være fraværende i en lengre omsorgspermisjon. Som nevnt tidligere vil forskjellsbehandling grunnet fravær i en lengre omsorgspermisjon medføre indirekte diskriminering. Lovligheten av avgjørelsen om å ikke ansette vedkommende beror da på en avveining av konsekvensene for den som blir forskjellsbehandlet og ulempene for arbeidsgiver ved å likebehandle. Tilgjengelighet kan således være et lovlig stillingskriterium.

LKN-2004-24 er et eksempel på at tilgjengelighet var saklig grunn til forskjellsbehandling. Behovet for tilgjengelighet var imidlertid ikke her nødvendig fordi et annet vikariat enkelt kunne forlenges inntil arbeidssøkeren hadde fullført omsorgspermisjonen. Det forelå således ikke forholdsmessighet mellom hensynet til arbeidsgiver og ulempene for arbeidstaker. Avgjørelsen om ikke å ansette kvinnen før etter utløp av fødselspermisjonen medførte ulovlig indirekte diskriminering. Konklusjonen er at tilgjengelighet kan vektlegges ved ansettelse, men det skal svært mye til for at arbeidsgiver kan forskjellsbehandle en arbeidstaker som ikke vil være tilgjengelig grunnet omsorgspermisjon.

6.2.3 Konsekvenser av arbeidstakers opplysninger

Arbeidstaker kan egenhendig opplyse om familieforhold eller svare på spørsmål om familieplanlegging. Spørsmålet er imidlertid om arbeidssøkeren er forpliktet til å opplyse om eventuell graviditet, eller planer om familieførøkelse ved ansettelse i en stilling.

Det foreligger ingen lovregler om opplysningsplikt om slike forhold utover varslingsreglene i arbeidsmiljøloven § 31, som bestemmer hvor langt tid i forveien arbeidsgiver skal få vite om uttak av fødselspermisjoner etc. EF-domstolen har også bestemt at arbeidstaker ikke kan pålegges noen plikt til å opplyse om graviditet. I TeleDanmark-saken ble en kvinne ansatt i et vikariat. Hun opplyste ikke om sin graviditet ved ansettelse, selv om hun var klar over den, og hun ble senere oppsagt. EF-domstolen la vekt på at vernet om gravide arbeidssøkere må være effektivt og

oppsigelsen ble ansett ugyldig.¹⁰² Når arbeidsgiver ikke kan ta hensyn til graviditet i sine avgjørelser om ansettelse eller arbeidsvilkår kan det derfor ikke pålegges arbeidssøkere opplysningsplikt om slike forhold.¹⁰³ Klagenemnda for likestilling bemerker at opplysninger om graviditet ikke har betydning for vurderingen av om tilsettingssaken medfører kjønnsdiskriminering.¹⁰⁴

Konklusjonen er at arbeidssøker ikke kan pålegges å opplyse om graviditet eller familieførelsesplaner i ansettelsesprosessen.

Spørsmålet blir så om det kan kreves at vedkommende skal svare på spørsmål om familieplaner dersom de faktisk stilles. Videre hvilken betydning det får for arbeidsgivers mulighet til å velge vekk søkeren, når det svares misvisende eller direkte uærlig på spørsmål om familieplanlegging.

Dersom arbeidssøkeren ikke vil svare på arbeidsgivers spørsmål kan tillitsforholdet mellom arbeidssøkeren og arbeidsgiver ødelegges. Arbeidsgiver vil legge merke til at arbeidstakeren er forbeholden, og videre samarbeid kan kompliseres. Dersom arbeidstakeren lyver, er tilfellet av nødvendig tillitt brutt i større grad enn hva unnnvikende svar eller nektelse av å svare medfører. Det strider mot rettsfølelsen i samfunnet at en arbeidssøker kan sitte på intervju og lyve om sine personlige planer, for så å bli ansatt, og deretter ikke oppfylle sine arbeidsforpliktelser, og eventuelt ikke tiltre stillingen overhodet. Når arbeidstaker ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter arbeidsavtalen forfeiles formålet med ansettelsen og arbeidsgivers forutsetninger for samarbeidet brytes. Arbeidssøkeren har mulighet til å forberede arbeidsgiveren på ulemper som vil oppstå ved lengre fravær, og hensyn til lojalitetsplikten taler for at det i det minste ikke må lyves om slike forhold.

¹⁰² Premiss 24, 34.

¹⁰³ C-320/01.

¹⁰⁴ LKN-2002-10, LKN-2002-7.

Det er imidlertid vesentlig at dersom arbeidsgiver stiller spørsmål vedrørende graviditet og familieførøkelse vil det være en omgåelse av forbudet mot slike spørsmål. Det er ikke rimelig at arbeidsgiver kan forbedre sin rettsstilling ved å selv å handle ulovlig. Hensynet til arbeidsgivers forutberegnelighet er dessuten ivaretatt gjennom varslingsreglene i arbeidsmiljøloven § 31. Arbeidstakeren skal varsle arbeidsgiveren om uttak av omsorgspermisjon snarest mulig og senest fire uker i forveien. EF-domstolen legger også til grunn at kvinners rett til å få barn må vernes for å unngå at kvinner tar abort i vanskelige arbeidssituasjoner.¹⁰⁵ Rimelighetshensyn taler videre for at kvinners yrkesmessige karriere ikke kan vanskeliggjøres når de påtar seg et samfunnsansvar ved å bringe barn til verden.

Konklusjonen er at dersom arbeidsgiver stiller spørsmål om familieplanlegging, kan arbeidssøkeren nekte å svare. Arbeidssøkeren kan også svare villedende, misvisende og direkte uærlig. Det poeng at arbeidssøkeren er uærlig eller kommer med uanmodet løgn, får ingen betydning i vurderingen av om forskjellsbehandling er lovlig. Forbudet mot graviditetsdiskriminering medfører at lojalitetsplikten i kontraktsforhold ikke er like sterk i slike situasjoner.

6.2.4 Ulike typer ansettelsesforhold

Arbeidsgivers ulemper og kostnader ved at arbeidssøkeren er fraværende store deler av ansettelsesforholdet eller ikke tiltrer stillingen, er større i et tidsbestemt vikariat enn ved fast ansettelse. Spørsmålet er om graviditet og familieplanlegging kan være relevante momenter ved ansettelse i kortere tidsbegrensede arbeidskontrakter.

Det foreligger én Høyesterettsavgjørelse om denne problemstillingen, inntatt i Rt-1988-766. Saken dreide seg om et firemåneders vikariat hvor kvinnen ikke hadde opplyst om sin graviditet før ansettelsen og hun ville gått ut i svangerskapspermisjon en måned etter tiltredelse. Etter læren om bristende forutsetninger anså Høyesterett

¹⁰⁵ TeleDanmark-saken premiss 26.

bindende arbeidsavtale for ikke inngått. Det foreligger noe underrettspraksis som også taler for at graviditet kan være en bristende forutsetning ved korte ansettelsesoppdrag.¹⁰⁶

Nyere EU-praksis går imidlertid i en annen retning. I TeleDanmark-saken ble en gravid kvinne ansatt i et seksmåneders vikariat oppsagt, blant annet fordi hun ville være fraværende i fødselspermisjon en vesentlig del av ansettelsesperioden. EF-domstolen uttalte at EF-retten ikke skiller mellom tidsbestemt og ubestemt arbeidsavtale i henhold til rekkevidden av likebehandlingsprinsippet. I begge typer kontrakter skyldes det graviditeten at kvinnen ikke kan oppfylle arbeidsavtalen. Dersom dette ikke skulle medføre ulovlig diskriminering ved noen typer ansettelseskontrakter ville et slikt skille kommet eksplisitt til uttrykk i rettsreglene.¹⁰⁷ EF-domstolen påpeker også at det ikke har noen betydning for resultatet at ansatte arbeider i en stor bedrift som hyppig benytter seg av vikarer. Etter denne avgjørelsen er ansettelsesforholdets varighet ikke et relevant moment ved vurderingen av om forskjellsbehandling er lovlig i EU-retten.

Klagenemnda for likestilling har referert til TeleDanmark-saken ved et par tilfeller.¹⁰⁸ Klagenemnda for likestilling uttalte blant annet at selv der kvinnen ikke kunne tiltre vikariatet i det hele tatt grunnet graviditeten, medførte en tilbaketrekking av tilbud om ansettelse ulovlig kjønnsdiskriminering. Dette følges videre opp i forarbeidene til ny arbeidsmiljølov, som uttaler at det er grunn til å tro at Høyesterett i dag vil fravike tidligere avgjørelse i Rt-1988-766.¹⁰⁹

Konklusjonen er at rettstilstanden i dag er endret siden avgjørelsen i Rt-1988-766. Arbeidsgiver kan ikke vektlegge graviditet og ulemper den medfører, selv ved de helt korte ansettelsesoppdrag.

¹⁰⁶ Oslo byretts dom 25.1.1989, Oslo byretts dom 1.6.1994.

¹⁰⁷ Premiss 31-33

¹⁰⁸ LKN-2002-7, LKN-2002-10.

¹⁰⁹ NOU 2004:5 side:426-427.

Et annet poeng er imidlertid at arbeidsgivers til tider store kostnader og ulemper, ved å ansette en kvinne som eksempelvis ikke kan tiltre stillingen grunnet graviditet, kanskje bør kompenseres av den norske stat. Det er et samfunnsansvar å bringe barn til verden, og det kan oppleves svært urimelig at en arbeidsgiver skal få store økonomiske problemer med drift av sin virksomhet grunnet dette. Dette vil i særlig grad gjelde mindre bedrifter.

6.2.5 Graviditet og sykdom

Det er et skille mellom graviditet og sykdom. Diskriminering ved svangerskap og fødsel kan innebære kjønnsdiskriminering, men dette er ikke tilfelle ved sykdom. Dersom sykdommen er nært knyttet opp til graviditet eller fødsel kommer derimot noen av vernereglene for graviditetsdiskriminering til anvendelse.

I norsk rett går skillet mellom fødsel og sykdom ved seks måneders svangerskap. Ved graviditet under seks måneder som resulterer i dødt barn¹¹⁰ regnes ikke tilfellet som en fødsel, og man har kun rett til eventuelle sykepenger etter folketrygdlovens kapittel 8. Pålagt seks ukers fri etter fødsel og retten til fødselspenger forutsetter at graviditeten har vart i mer enn seks måneder, eller at barnet fødes levende før dette tidspunktet. Ved graviditet over seks måneder som resulterer i et dødfødt barn eller der kvinnen ikke skal ha omsorg for barnet har hun plikt til seks ukers permisjon etter fødselen. En lengre permisjonsperiode utover dette vil ikke være en fødselspermisjon, men en sykdomspermisjon. Sykdommen er imidlertid relatert til graviditeten og forskjellsbehandling av en kvinne som har fått dødt barn, begrunnet i fravær utover disse seks ukene, kan dermed medføre ulovlig kjønnsdiskriminering.

Det er i EØS-retten også et sterkere forbud mot forskjellbehandling grunnet sykdom som beror på graviditet, i forhold til annen sykdom. Slik forskjellsbehandling kan kun berøre gravide kvinner og medfører dermed ulovlig direkte kjønnsdiskriminering. Et eksempel er at bestemmelser i arbeidsavtale eller tariffbestemmelse om at en person kan

¹¹⁰ Abort eller dødfødt barn.

sies opp etter en viss tids fravær medfører ulovlig kjønnsdiskriminering dersom fravær ved sykdom grunnet graviditet regnes med i slik fraværperiode.¹¹¹

DEL III LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR

7 Lønn

7.1 Lik lønn for samme arbeid og for arbeid av lik verdi

Arbeidsgiver skal betale lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi jf likestillingsloven § 5. Kravet til likelønn etter likestillingsloven § 5 tilsvarer EØS-avtalen artikkel 69, som forarbeidene til likestillingsloven uttaler skal fortolkes tilsvarende EF-rettens praksis.¹¹² Likestillingsloven krever ikke absolutt likt lønnsresultat, men at normene for lønnsfastsettelsen er de samme for begge kjønn. En kvinne og en mann kan ha ulik lønn uten at det medfører ulovlig kjønnsdiskriminering såfremt beregningen av deres lønn tar utgangspunktet i de samme kjønnsnøytrale kriterier. Ett kjønnsnøytralt kriterium er rekrutteringshensyn. For å få eller beholde ansatte i én stilling kan arbeidsgiver lønne denne stillingen høyere enn andre stillingen. Selv om avgjørelsen i praksis medfører at kvinnelige eller mannlige arbeidstakere kommer dårligere ut enn det andre kjønn, er avgjørelsen saklig begrunnet og medfører ikke ulovlig diskriminering.

Hva som er samme arbeid eller arbeid av lik verdi beror på en konkret helhetsvurdering, jf likestillingsloven § 5 tredje ledd. Man skal sammenligne arbeid der arbeidsoppgavene har likhetstrekk selv om det kreves ulik kompetanse og selv om lønnen er regulert i

¹¹¹ C-394/96. Et annet poeng er at dersom en kvinne sykmeldes under fødselspermisjon vil hun motta sykepengene. Retten til fødselspenge utsettes til hun ikke lenger har krav på sykepenge jf Boyle-saken. Total stønadsperiode forlenges således.

¹¹² Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:54.

tariffavtale jf likestillingsloven § 5 annet ledd. Ansvar, bakgrunn, kvalifikasjoner, anstrengelsesnivå og arbeidsforhold er relevante momenter i helhetsvurderingen.¹¹³ Eksempelvis har Arbeidsretten funnet at mannlige avdelingsingeniører og kvinnelige bioingeniører ved samme sykehuslaboratorier skulle lønnes likt.¹¹⁴ Det forelå ikke her avgjørende forskjeller i arbeidsoppgaver og krav til kvalifikasjoner.¹¹⁵

Likestillingsloven pålegger sammenligning på tvers av faggrenser, deriblant fagforenings- eller tariffavtalegrenser, for å avgjøre hva som er arbeid av lik verdi. En slik plikt følger antagelig av ILO-konvensjon nr.100 og FNs kvinnekonvensjon.¹¹⁶ Det er uklart i hvilken grad EF-retten krever sammenligning på tvers av faggrenser.¹¹⁷ EF-domstolen la i WienGebietskrankenkasse-saken avgjørende vekt på at arbeidstakerne hadde forskjellig utdannelse og kvalifikasjoner, og de utøvde derfor ikke samme arbeid. Det at de arbeidet på ulike fagområder var ikke i seg selv avgjørende, og EF-domstolen antyder ikke at slik sammenligning på tvers av faggrenser er forbudt. Likestillingsloven legger dermed til grunn at arbeidsgiver må ta en bredere vurdering av hva som er samme arbeid, enn hva EØS-retten eventuelt krever. Et slikt krav verner arbeidstakers rett til likelønn i større grad enn EØS-retten, og er dermed ikke i strid med EØS-retten.

Lønn er et omfattende begrep. Likestillingsloven § 5 angir at lønn er ”alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren”. EØS-avtalens artikkel 69, som er en ordrett gjentakelse av EF-rettens definisjon av lønn, angir lønn som ”den alminnelige grunnlønn eller minstelønn og all annen godtgjøring som arbeidsgiveren på grunn av arbeidsforholdet direkte eller indirekte betaler arbeidstageren i penger eller i naturalia”. Lønn er alle lønnslementene så som grunnlønn, tilleggssytelser og bonuselementer. Et eksempel fra praksis er at tidlig

¹¹³ Ibid side:114.

¹¹⁴ ARD-1990-148

¹¹⁵ Se for øvrig rettspraksis fra EF-domstolen og praksis fra Klagenemnda for likestilling for eksempler på helhetsvurderingen av hva som regnes som samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Se Rummler-saken, C-129/79, C-400/93, LKN-2004-18, LKN-2002-5.

¹¹⁶ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:58.

¹¹⁷ Vigerust 2003 side:15.

pensjonsutbetaling fra arbeidsgiver anses som lønn.¹¹⁸ Ytelser fra arbeidsgiver under sykdom, ferie og permisjoner er også lønn.¹¹⁹

Det kan være avtalt i den individuelle arbeidsavtalen eller i tariffavtale at arbeidsgiver skal betale arbeidstakeren full lønn i svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjon. Det vil i praksis si at arbeidsgiver betaler mellomlegget mellom maksimale fødselspenger fra folketrygden og arbeidstakers lønn.¹²⁰ Utover hva som kan være avtalt har EF-domstolen slått fast at kravet til likelønn ikke medfører at arbeidsgiver som utgangspunkt er forpliktet til å sikre full lønn i permisjonstiden.¹²¹ Likestillingsombudet legger også et tilsvarende syn til grunn i sak-2004-084 og uttaler at likelønnskrevet ikke forplikter arbeidsgiver til å betale full lønn til arbeidstakere når slikt ikke er avtalt.

Dersom arbeidsgiver har forpliktet seg til å betale full lønn til kvinner i fødselspermisjon, men ikke til menn som tar fødselspermisjon vil mannen settes i en dårligere situasjon bare fordi han er mann. Slik ulik behandling av menn og kvinner er ulovlig direkte diskriminering. Det er arbeidsgivers valg om det skal ytes økonomisk støtte til arbeidstakere som er ute i fødsels- og omsorgspermisjon, men en slik eventuell ordning må behandle mannlige og kvinnelige ansatte likt. EF-domstolen har imidlertid i Renault-saken godkjent at det gis en fast engangsyttelse kun til kvinnelige ansatte som er ute i fødsels- og omsorgspermisjon for å kompensere faglige ulemper ved å være fraværende i lengre tid. Ulemper ved fravær kan være svakere stilling ved beregning av resultatorientert bonus, faglige utdateringer og dermed mindre attraktiv stilling ved forfremmelser etc. I Renault-saken legges det avgjørende vekt på at mannlige og kvinnelige ansatte som ikke får barn befinner seg i en annen situasjon og dermed ikke i sammenlignbare omstendigheter.¹²² Slik kompensasjon var ikke forskjellsbehandling i strid med likelønnsprinsippet.

¹¹⁸ Sabena-saken.

¹¹⁹ C-171/88.

¹²⁰ Lik 6 G jf folketrygdloven § 14-5, per 1.mai 2004 utgjør dette 352.668 kroner.

¹²¹ Gillespie-saken.

¹²² Se om sammenlignbare situasjoner også i Gillespie-saken premiss 16-18.

I flertallet av saker tar kvinnen fremdeles den største delen av omsorgspermisjonen i barnets første leveår. Den nevnte dom kan da være rimelig ved at arbeidsgiver kan tilgodese kvinner som velger å få barn. Men, i de situasjoner kvinnen og mannen deler på omsorgspermisjonen, eller mannen tar den største permisjonsdelen vil Renault-saken ikke tilgodese menn som velger å ta omsorgsarbeid i like stor grad som kvinner. Renault-saken fremmer ikke likestilling ved at mødre i realiteten oppfordres til å ta permisjon på bekostning av faren. Likestillingsombudet har i flere saker påpekt at det er foreldres valg å fordele fødselspermisjon og arbeidsgiver bør ikke ha anledning til å påvirke dette valget.¹²³ Renault-saken kan bli fraveket i norsk rett, og tildeling av slike engangsbeløp må da følge kjønnsnøytrale kriterier. Eksempelvis at arbeidsgiver bestemmer at den ansatte som tar hoveddelen av omsorgspermisjonen kan få engangsbeløpet.

En annen situasjon er at arbeidsgiver gir full lønn til arbeidstakeren under omsorgspermisjon på betingelse av at personen returnerer til arbeidet etter utløp av permisjonen. Arbeidstaker har ikke krav på økonomisk støtte i permisjonstiden fra arbeidsgiver med mindre det er avtalt og EF-domstolen har således uttalt at en slik avtale som bandt en kvinne opp til bedriften over en lengre periode, ikke i seg selv var i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering.¹²⁴

Selv om det ikke følger av arbeidsavtalen at arbeidsgiver skal dekke full lønn ved fødselspermisjon, kan det foreligge ulovlig kjønnsdiskriminering av arbeidstakeren i forhold til andre fraværende ansatte. Dersom arbeidstaker er arbeidsufør grunnet graviditet eller fødsel kan situasjonen vanskelig sies å være så forskjellig fra annen type sykmelding til at de ansatte kan behandles etter ulike prinsipper. Forskjellsbehandlingen vil være begrunnet i graviditet eller fødsel og det medfører ulovlig direkte diskriminering jf likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2. Dette er tilfellet dersom sykemeldte arbeidstakere får full lønn eller får betalt differansen mellom sykepenger og lønn, mens kvinner eller menn som er sykemeldte grunnet graviditet eller fødsel ikke får slik betaling av arbeidsgiver. Det følger også av graviditetsdirektivet artikkel 11, at

¹²³ Sak-2003-338, sak-2004-287.

¹²⁴ Boyle-saken.

gravide skal behandles likt som sykmeldte. Menn som er sykmeldte i forbindelse med graviditet og fødsel reguleres ikke av nevnte dom eller graviditetsdirektiv. Tilfellet er imidlertid ikke like relevant som for kvinner som blir syke i svangerskapet og etter fødsel. Prinsippet om likebehandling av arbeidstakere betyr at årsak til sykmelding ikke er relevant. EF-domstolen påpeker i Pedersen-saken at arbeidstaker som er arbeidsufør grunnet svangerskap og fødsel skal behandles likt andre sykmeldte arbeidstakere.¹²⁵ Såfremt arbeidsgiver betaler full lønn til sykmeldte arbeidstakere er konklusjonen at også kvinner og menn som er sykmeldte grunnet graviditet og fødsel skal gis full lønn.

Lengre omsorgspermisjoner er et valg fra ansattes side om ikke å arbeide. Arbeidstakeren er ikke arbeidsufør slik tilfellet er ved sykmelding. EF-domstolen skiller i Pedersen-saken mellom disse to tilfellene og påpeker at arbeidstakeren har større vern ved arbeidsudyktighet enn ved utnyttelse av valgfri permisjon.¹²⁶ Forskjellsbehandling av ansatte i omsorgspermisjon, i forhold til sykmeldte ansatte, anses ikke å være begrunnet i graviditeten, men arbeidstakers valg om ikke å arbeide og medfører dermed ikke ulovlig kjønnsdiskriminerende. Fravær grunnet mindre svangerskapsplager eller etter råd fra lege om å beskytte barnet anses som frivillig fravær i denne sammenheng såfremt det ikke foreligger en reell arbeidsuførhet eller konkrete risiko for barnet.¹²⁷ Frivillig permisjon i forbindelse med svangerskap og fødsel medfører således ingen plikt for arbeidsgiver om å utbetale lønn, selv om andre sykmeldte arbeidstakere får lønn ved fravær.

Arbeidsgiver har til tider omplasseringsplikt av gravide og ammende kvinner, samt ansatte i forplantningsdyktig alder.¹²⁸ Det reises problemstillinger vedrørende likelønnskrevet når arbeidsgiver ikke finner annet passende arbeid med samme lønn til arbeidstakeren. Problemstillingen er hvilken mulighet arbeidstakeren har til å kreve kompensasjon for tap i lønn ved slik omplassering.

¹²⁵ Premiss 41.

¹²⁶ Premiss 50.

¹²⁷ L.c.

¹²⁸ Se kapittel 6.2.2.

Jeg drøfter først kvinnens mulighet til lønnskompensasjon når hun må gå ledig. Kvinnen er ikke arbeidsufør og har krav på annet passende arbeid i virksomheten. Arbeidsgiver har nokså vid bestemmelsesrett i henhold til hva som er slikt annet passende arbeid, arbeidsoppgavene må ikke ligge innenfor rammen av arbeidsavtalen slik tilfellet er ved omplassering når arbeidstaker returnerer fra permisjon.¹²⁹ Dersom arbeidsgiver ikke klarer å oppfylle sin lovpålagte omplasseringsplikt, taler rimelighetshensyn for at arbeidsgiver bør bære ulempene som tap i lønn medfører for kvinnen. På den annen side er det en ikke liten kostnad for arbeidsgiver å betale full lønn til kvinnen når det ikke ytes noe arbeid tilbake. Hensynet til arbeidsgivers kostnader og ulemper taler for at det ikke er en plikt til å kompensere for lønnstap. EF-domstolen uttalte i Pedersen-saken at arbeidsgiver ikke lovlig kunne sende en arbeidsfør gravid kvinne hjem, uten å betale henne full lønn når omplassering ikke var mulig.¹³⁰ Denne dommen må anses retningsgivende for norsk rett. Arbeidsgiver vil dermed ha plikt til å betale full lønn til arbeidstaker som loven plikter å omplassere, men som arbeidsgiver ikke klarer å omplassere og som må gå ledig.

Norsk rett og EØS-rett er taus om lønnskompensasjon til kvinner som omplasseres til stilling som lønnes lavere. Dersom kvinnen får full lønn, og med det høyere lønn i forhold til de andre ansatte i samme stilling, kan det skape misnøye blant andre ansatte. Hensynet til arbeidsmiljøet taler for at kvinnen ikke gis lønnskompensasjon i denne situasjonen. Nedgang i lønn kan også skyldes at ubekvemstillegg faller bort, så som nattillegg, turnustillegg etc. Når kvinnen ikke arbeider i en stilling der slikt ubekvemstillegg gis og ikke har de ulemper slik stilling medfører, er det ikke rimelig av hensyn til andre ansatte at hun får slikt tillegg. Det er dessuten vanskelig og kostnadskrevende å omplassere arbeidstakere. Hensynet til arbeidsgivers ulemper ved slik omplassering tilsier at det bør være akseptabelt for arbeidstakeren at det er arbeid og følgelig ikke kreve lønnskompensasjon. Det er imidlertid arbeidsgiver som er ansvarlig for arbeidsmiljøet. Årsaken til at kvinnen må omplasseres er uforsvarlig arbeidsmiljø, og det er rimelig at arbeidsgiver bærer den økonomiske byrden av dette. Rimelighetshensyn taler også for at kvinner som omplasseres ikke har mindre

¹²⁹ Se kapittel 8.

¹³⁰ Premiss 59.

rettigheter til lønnskompensasjon enn kvinner som går ledige fordi arbeidsgiver ikke har klart å omplassere disse. Det er ikke rimelig at arbeidstakere som arbeider og bidrar til verdiskapning skal lønnes dårligere enn kvinner som er fraværende i en lengre periode. Dette er hovedargumentet til Likestillingsombudet som uttaler at selv om forholdet eventuelt ikke kan sies å være i strid med likestillingsloven, bør disse kvinnene få kompensasjon av inntektstapet.¹³¹

Arbeidsretten fant i sak ARD-1994-84 at Hovedtariffavtalen for kommuner ikke fikk anvendelse på situasjoner der kvinnen ble omplassert. Tariffavtalen gav full lønn inklusive ubekvemstillegg til arbeidstaker som ikke kunne omplasseres og således måtte slutte. Dommen drøfter imidlertid ikke forholdet til likestillingsloven og er ikke relevant for vår vurdering. Jeg vektlegger at kvinner som arbeider kommer dårligere ut enn kvinner som går ledige dersom de ikke gis full lønn, og at det er arbeidsgivers ansvar å finne annet passende arbeid til kvinnen. Konklusjonen er at arbeidsgiver trolig har plikt til å betale arbeidstaker som omplasseres grunnet graviditet og fødsel, full lønn.

Begrensingen på krav til likelønn til arbeid innen ”samme virksomhet” i likestillingsloven § 5 reiser spørsmål i forhold til EØS-rett og andre internasjonale forpliktelser. En tilsvarende begrensning på sammenligningsgrunnlaget finnes ikke i internasjonale forpliktelser. I forarbeidene til likestillingsloven hevdes det at eksistensen av en slik begrensning er et omstridt spørsmål i EØS-retten og begrensningen i likestillingsloven beholdes derfor.¹³²

I EØS-retten er det arbeidsgiver, ikke virksomheten som er pliktsubjekt for likebehandlingskravet.¹³³ Arbeidsgiver er riktignok øverste leder for virksomheten,¹³⁴ men det er arbeidsgiver som må avgjøre hva som skal anses som samme arbeid. Sammenligningsgrunnlaget er ikke begrenset til arbeid innen virksomheten. Dette er

¹³¹ Sak-1999-250 og sak-2004-273.

¹³² Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:61.

¹³³ Jf EØS-avtalens artikkel 69.

¹³⁴ Ot.prp.nr.3 1975/1976 Arbeidsmiljøloven kapittel XIII.

ikke et spesielt omstridt spørsmål innen EØS-retten, det finnes ikke rettskilder som begrenser likelønnsvurderingen til arbeid i samme virksomhet.

Likestillingsloven er dermed strengere enn EØS-retten. Forarbeidene til likestillingsloven uttaler at generalklausulen i likestillingsloven § 3 uansett vil gå foran den mer spesielle § 5. Retten til likelønn er dermed ikke nødvendigvis avskåret dersom arbeidstakerne arbeider i ulike virksomheter. Ordlyden i likestillingsloven § 5 er således ikke alltid riktig. Som nevnt tidligere kan antagelig EØS-avtalens artikkel 69 anvendes direkte i norske arbeidsforhold. Det forhold at EØS-avtalens artikkel 69 anvendes direkte, samt uttalelsen i forarbeidene om at generalklausulen går foran i denne situasjonen medfører at begrensningen i likestillingsloven § 5 må tolkes utvidende. Når arbeid innen "samme virksomhet" ikke gir godt nok vurderingsgrunnlag, kan arbeidsgiver være forpliktet til å foreta en bredere vurdering ved å se til andre virksomheter for å avgjøre hva som skal anses som arbeid av lik verdi.

I de kommende avsnitt skal jeg se på tre former for lønn hvor forbudet mot kjønnsdiskriminering er særlig aktuelt.

7.2 Pensjon

På de fleste arbeidsplasser foreligger det en pensjonsordning, en forsikringsordning som arbeidsgiver tegner til fordel for sine ansatte. Arbeidsgiver betaler jevnlig inn premie og forsikringen utbetales arbeidstakeren ved oppnådd pensjonsalder. Det er et nært forhold mellom arbeidstakers ytelser og pensjon som mottas, pensjon er goder som følge av arbeidsforholdet. Pensjon omfattes av lønnsbegrepet i likestillingsloven § 5 jf EØS-retten.¹³⁵ Opptjening av pensjonsrettigheter i arbeidsgiverfinansiert pensjonsordning er også lønn.¹³⁶ Når kvinner og menn i samme situasjon får forskjellige pensjonsrettigheter foreligger ikke lik lønn for samme arbeid, dette medfører ulovlig kjønnsdiskriminering.

¹³⁵ Barber-saken premiss 20, 30.

¹³⁶ Boyle-saken.

I en sak for Høyesterett i Rt-2003-1657 fant domstolen at det ”neppe er tvilsomt” at en praktisering av pensjonsordning der arbeidsgiver melder arbeidstaker ut av forsikringsordninger under svangerskaps- og fødselspermisjon, er ulovlig direkte diskriminering etter likestillingsloven § 3.¹³⁷ Høyesterett mente kravet om endring av pensjonsansiennitet ikke kunne gjøres gjeldende fordi arbeidsgiver da ville forpliktes til å gjennomføre en endring i pensjonsforpliktelsene med tilbakevirkende kraft. Dette ville samsvare dårlig med dagens erstatningsregler i likestillingsloven. Uttalelsen var ikke avgjørende for dommens resultat, men det er den eneste uttalelsen på området fra Høyesterett. Jeg antar at uttalelsen vil ha relevans for tolking av likestillingsloven, og en slik praksis fra arbeidsgivers side vil bli ansett å stride mot likebehandlingsprinsippet.

Pensjonsvilkår kan medføre ulovlig indirekte diskriminering dersom det ene kjønn faktisk behandles dårligere enn det andre. EF-domstolen har for eksempel bestemt at ulike aldersvilkår for pensjon, 62 års aldersgrense for menn og 57 år for kvinner i samme situasjon, er i strid med likelønnskravet i EU-retten.¹³⁸ EF-domstolen har åpnet for at ansiennitet også kan være et kjønnsdiskriminerende vilkår for pensjon dersom bedriften for eksempel har flere kvinner enn menn ansatt på korte ansettelseskontrakter.¹³⁹ Adgangsbetingelser til pensjonsordninger må heller ikke være i strid med likelønnsprinsippet. Eksempelvis vil pensjonsordning som utelukker deltidsansatte være i strid med EU-retten når den i praksis rammer kvinner i større grad enn menn.¹⁴⁰

Kvinner lever i gjennomsnitt lengre enn menn og et spørsmål er om det vil være i strid med likelønnsprinsippet å kreve større forsikringspremie til pensjonsordninger for kvinner enn for menn. Pensjonsordninger finansieres gjerne ved bidrag fra arbeidsgiver samt noe bidrag fra arbeidstaker ved at arbeidsgiver trekker dette fra på utbetalt lønn.

¹³⁷ Premiss 49.

¹³⁸ Barber-saken.

¹³⁹ C-167/97.

EF-domstolen fant i Coloroll-saken at arbeidsgivers trekk i lønn for å betale pensjonsordning anses som lønn. Likelønnsprinsippet får anvendelse og kvinner og menn må således betale det samme inn til pensjonsordningen. Arbeidsgiver kan ikke kreve større bidrag fra kvinnelige ansatte enn fra mannlige ansatte. Arbeidsgivers betaling av forsikringspremie faller imidlertid utenfor lønnsbegrepet, jf Coloroll-saken premiss 79. Forholdet mellom forsikringsselskapet og arbeidsgiver anses ikke å ha sammenheng med arbeidet arbeidstaker utfører for arbeidsgiver. Det er således ikke i strid med likelønnsprinsippet at arbeidsgiver betaler høyere forsikringspremie for kvinner enn for menn, eller omvendt.

Klagenemnda for likestilling har avgjort en sak vedrørende forsikringspremier.¹⁴¹ Det ble bestemt at det er ulovlig direkte diskriminering å kreve ulike forsikringspremier fra kvinner og menn ved skade- og sykeforsikringspremier. Dette er forsikringspremier enkeltpersoner betaler selv, og avgjørelsen er således i tråd med Coloroll-saken som ikke tillater at arbeidstakere bidrar ulikt til pensjonen. Klagenemnda for likestilling er ikke her inne på arbeidsgivers finansiering av forsikringsordninger. Arbeidsgivers finansiering av pensjon må således holdes avskilt fra den kompensasjon arbeidsgiver krever av arbeidstakerne.

Den sum arbeidstakere selv betaler inn til pensjonsordninger og den sum de mottar ved oppnådd pensjonsalder anses som lønn. Det samme gjelder adgangen til å delta i pensjonsordningen på arbeidsplassen og rettighetene etter pensjonsordningen. Pensjonsvilkårene må således være kjønnsnøytrale både i form og virkning. Dersom det ene kjønn faktisk kommer dårligere ut enn det annet i forhold til pensjon, kan slik praksis likevel medføre lovlig indirekte diskriminering dersom praksisen har saklig grunn og er proporsjonal i forhold til ulempene for arbeidstakerne.

¹⁴⁰ Bilka-saken, C-128/93.

¹⁴¹ LKN-2004-1.

7.3 Bonus

7.3.1 Oversikt

Arbeidsgiver kan gi arbeidstakere bonus. Bonus er knyttet til arbeidet som en type betaling på grunnlag av innsats eller som et incentiv til videre arbeid. Bonus er et gode som ytes av arbeidsgiver. Betalingen springer ut av ansettelsesforholdet og er dermed lønn etter likestillingsloven § 5 jf EØS-retten.¹⁴² Likelønnskrevet innebærer at bonus må beregnes og utbetales etter kjønnsnøytrale kriterier. Bonus kan være avtalt som en del av lønnen eller gis uoppfordret av arbeidsgiver. Slik sett er bonus enten utbetaling av lønn eller en lønnsøkning.

Det er to hovedtyper av lønn og lønnsøkning. Den generelle lønn eller lønnsøkning tilkommer alle ansatte uavhengig av personlige ytelser, dette vil si avtalt lønn, ordinært lønnspålegg eller generell bonus. Den individuelle lønn eller lønnsøkningen er individuelt fremforhandlede lønnsøkninger og resultatorienterte bonuser.

I beregningen av lønn er blant annet fravær et sentralt moment. Dersom en arbeidstaker har vært ute i permisjon blir spørsmålet hvordan arbeidsgiver kan vektlegge slikt fravær. Dette er særlig praktisk i forhold til omsorgspermisjon. Jeg deler min fremstilling i to, der jeg først behandler generell lønn og så individuell lønn.

7.3.2 Generell lønn og lønnsøkning ved permisjon

Problemstillingen er om arbeidstaker som kommer tilbake fra svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjon har krav på samme lønnsøkning som andre arbeidstakere har fått i permisjonsperioden eller får etter permisjonens utløp. Det foreligger ingen hjemmel for et generelt krav om lik lønnsøkning som andre ansatte er gitt, ved retur til arbeid etter fravær.

Når det følger av arbeidsavtalen at arbeidsgiver skal betale full lønn til arbeidstakeren ved eksempelvis omsorgspermisjon har arbeidsgiver påtatt seg et økonomisk ansvar. Det er bestemt at fraværet da ikke har betydning for hva arbeidstakeren får i lønn.

¹⁴² Lewen-saken.

Rimelighetshensyn taler for at slik lønnsavtale omfatter alle økonomiske ytelser som normalt ytes i stillingen, innebefattet generelle lønnsstigninger. EF-domstolen uttalte i Gillespie-saken at kvinner som har rett til full lønn under fødselspermisjon også har krav på alminnelige lønnsøkninger i permisjonstiden. Dette følger også av Rammeavtalen om foreldrepermisjon klausul 2 nr.6.¹⁴³ Arbeidsgiver må i dag dermed sies å være forpliktet til å gi generelle lønnsøkninger til arbeidstakere som er lovet full lønn i permisjonstiden.

Situasjonen er en noe annen når arbeidsgiver ikke har gitt løfte om økonomisk støtte i permisjonstiden. Arbeidstaker mottar da kun eventuelle fødselspenger fra folketrygden. Hensikten med permisjon er fravær fra arbeidet en periode og arbeidstaker skal som utgangspunkt returnere til samme stilling som før permisjonen. Hva som er samme stilling fremgår av en tolking av arbeidsavtalen. Dersom stillingen omfatter noen nye eller andre oppgaver ved retur etter permisjon, men fremdeles anses som samme stilling, vil arbeidstakeren være forpliktet til å utføre dette arbeidet. En slik moderat endring av arbeidet ligger under arbeidsgivers styringsrett. Dersom stillingen lønnes på et høyere lønnsnivå ved retur etter permisjon er vilkår ved stillingen således endret til det bedre for arbeidstaker. En slik generell lønnsøkning av en stilling er en følge av generelle bestemmelser om styringen av bedriften og det kan bero på en tilfeldighet om arbeidstaker er fraværende ved en slik lønnsøkning. En forskjellsbehandling av arbeidstakeren i forhold til andre fraværende arbeidstakere medfører at det knyttes negative konsekvenser til fravær ved fødsels- og omsorgspermisjoner og det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Arbeidsgiver kan ha sine grunner til å forskjellsbehandle fraværende arbeidstakere ved en generell lønnsøkning. Disse grunnene må veies opp mot likebehandlingshensyn for å avgjøre om de kan lovliggjøre ellers ulovlig indirekte diskriminering.

EF-domstolen uttalte i Gillespie-saken at eventuell lønnsvekst i permisjonstiden skal arbeidstakeren nyte godt av selv der arbeidsgiver ikke utbetaler full lønn. Det antydes også i juridisk teori at det vil være i strid med likestillingsloven § 5 dersom arbeidstaker som har vært fraværende grunnet fødsel ikke gis samme lønnsøkning som andre

¹⁴³ Rådsdirektiv 96/34/EF, se Vigerust Arbeid, barn og likestilling 1998 (Vigerust 1998) side:356.

kollegaer har fått i samme periode.¹⁴⁴ Konklusjonen er at arbeidstakere fraværende i svangerskaps-, fødsels- eller omsorgspermisjon som utgangspunkt kan kreve generell lønnsøkning slik det er gitt til andre ansatte i eller etter fraværsperioden.

En beslektet problemstilling er for hvilke andre permisjoner det kan foreligge ulovlig kjønnsdiskriminering dersom arbeidsgiver ikke utbetaler generell lønnsøkning ved permisjonsfravær. Verneplikt påligger bare menn.¹⁴⁵ Forskjellsbehandling av menn som tar permisjon for å avtjene verneplikt¹⁴⁶ medfører ulovlig direkte diskriminering. Arbeidsgiver må dermed gi mannlige ansatte som er ute i vernepliktspermisjon lik lønnsøkning som andre ansatte får.

En kvinne som tar permisjon for å avtjene militærtjeneste utfører ikke en lovpålagt plikt. Hun velger å ikke arbeide for å avtjene militærtjeneste. En regel om å ikke gi lønnsøkning til ansatte som tar permisjon av frivillige årsaker vil omfatte kvinner som ønsker å avtjene militærtjeneste, men ikke menn fordi verneplikt er en lovpålagt plikt som mannen ikke nødvendigvis velger. Regelen vil stille kvinnen i en faktisk dårligere situasjon enn mannen og slik forskjellsbehandling vil medføre ulovlig indirekte diskriminering. Menn kan imidlertid verve seg til militærtjeneste etter utført verneplikt. Permisjon for dette vil være på frivillig grunnlag, og situasjonen er dermed nokså lik kvinner som ønsker å avtjene militærtjeneste. Forskjellsbehandling av ansatte som tar permisjon for å avtjene militærtjeneste stiller dermed ikke nødvendigvis kvinner i en dårligere situasjon og kan være i tråd med likebehandlingskravet.

7.3.3 Individuell lønn og lønnsøkning ved permisjon

Individuell lønn og lønnsøkning beror på en konkret vurdering av arbeidstakerens innsats og prestasjoner i en tidsperiode. Resultatorientert lønn er basert på innsats, ikke bare tilstedeværelse. Hvordan arbeidstakers ytelser skal vurderes er imidlertid opp til arbeidsgiver. Problemstillingen i forhold til likebehandlingskravet er hvordan fravær i

¹⁴⁴ Dege side:293, Vigerust 1998 side:356, Andersen m.fl. Ligestillingslovene 2001 (Andersen m.fl.) side:292.

¹⁴⁵ Lov om verneplikt 17.7.1953 nr. 29 § 3.

¹⁴⁶ Arbeidsmiljøloven § 33E

kjønnsrelaterte permisjoner kan vektlegges i lønnsvurderingen. Fravær i en lengre periode kan bety mye for lønnsresultatet ved at det ikke foreligger anstendig grunnlag for å vurdere vedkommendes innsats, eller at arbeidsgiver ikke ønsker å belønne vedkommende som ikke har deltatt i like stor verdiskapning som andre ansatte.

Det er i strid med likebehandlingskravet dersom arbeidstaker som er eller har vært ute i omsorgspermisjon automatisk utelukkes fra lokale lønnsforhandlinger. En slik utelukkelse er lite rimelig og uforholdsmessig inngripende for arbeidstaker. Dette følger av praksis fra EF-domstolen som er fulgt opp i Klagenemnda for likestilling og i uttalelser fra Likestillingsombudet.¹⁴⁷ Likebehandlingskravet innebærer ikke at arbeidsgiver må gi samme lønn til alle ansatte, men at ansatte som har vært fraværende skal få fremme lønnskrav og tas med i lønnsvurderingen.

I Lewen-saken for EF-domstolen utbetalte arbeidsgiver julebonus til sine ansatte for å belønne utført arbeid. En kvinnelig ansatt fikk ingen bonus fordi hun hadde vært fraværende store deler av året i fødsels- og omsorgspermisjon. EF-domstolen uttaler at i den tiden rundt fødselen det er forbudt for kvinnen å arbeide er hun særlig beskyttet. Fravær i denne perioden kan ikke trekkes fra beregningsgrunnlaget for resultatorientert bonus. Arbeidsgiver er også pliktig til å ta i betraktning arbeid utført av kvinnen i perioden hun ikke var fraværende det forutgående år i beregningen av resultatorientert bonus. Fravær utover den beskyttede perioden bemerker EF-domstolen at arbeidsgiver kan velge å ikke belønne arbeidstakeren for. EF-domstolen skiller her mellom bonus i lovpålagt fravær og annet valgfritt permisjonsfravær.¹⁴⁸

Tre uker før og seks uker etter fødselen skal ikke kvinner arbeide i Norge, dette er lovpålagt fødselspermisjon.¹⁴⁹ Menn er forbeholdt fire ukers pappapermisjon, og har rett til to uker i forbindelse med fødsel. Diskriminering grunnet fravær i disse ni og seks ukene medfører direkte diskriminering. For arbeidsgiver betyr dette at denne perioden

¹⁴⁷ Lewen-saken, LKN-2004-22, LKN-1998-2, Likestillingsombudets sak-2003-271.

¹⁴⁸ Lik praksis fra håndhevsorganene, eksempelvis LKN-2004-22.

¹⁴⁹ Se kapittel 2.2.3.

skal anses som uker arbeidstakeren har vært i arbeid ved beregning av bonus. Arbeidsgiver kan derimot velge å ikke betale resultatorientert bonus for permisjonsperioden utover fødselspermisjon; omsorgspermisjon. En slik avgjørelse vil medføre indirekte diskriminering. Indirekte diskriminering kan tillates såfremt det foreligger saklig grunn for at arbeidsgiver velger å ikke betale bonus for denne perioden og avgjørelsen ikke er uforholdsmessig inngripende for arbeidstakeren. Forskjellsbehandling i forhold til andre fraværende ansatte vil ikke nødvendigvis ha saklig grunn. Eksempelvis at arbeidsgiver kun legger til grunn arbeid utført før arbeidstakeren gikk ut i omsorgspermisjon i beregning av bonus, mens det ikke legges vekt på fravær for ansatte som er ute i utdanningspermisjon.

Dersom bonusen er en ytelse til ansatte som er i arbeid på utbetalingstiden og den kun er en incitamentsordning for videre arbeid, ikke en belønning for tidligere utført arbeid, kan kvinner som er ute i fødselspermisjon utelukkes fra denne type bonus. Dette følger direkte av saksforholdet i Lewen-saken. Dette må antas også å gjelde menn som er ute i fødsels- eller omsorgspermisjon da ingen særlige hensyn gjør seg gjeldende for å behandle situasjonen annerledes.

Når arbeidsgiver er forpliktet til å gi arbeidstaker som er fraværende i permisjon lønn og lønnsøkning, kan ikke arbeidstaker kreve denne utbetalingen før arbeidstakeren returnerer til arbeid etter permisjon, med mindre noe annet er avtalt.¹⁵⁰ Fødselspenger fra folketrygden sikrer underhold i permisjonstiden. Økonomiske avtaler utover dette skal ikke sikre levevilkår og kan dermed utbetales senere.

7.4 Frynsegoder

Arbeidstaker kan motta lønn i naturalia eller ha ordninger der enkelte ytelser dekkes av arbeidsgiver. Slike frynsegoder som fri avis, bil og telefon er ytelser fra arbeidsgiver som følger av ansettelsesforholdet. Frynsegoder faller dermed inn under lønnsbegrepet i likestillingsloven § 5, jf EØS-avtalen artikkel 69. EF-domstolen har eksempelvis avgjort

¹⁵⁰ Slik det var i likestillingsombudets sak-2001-020.

at gratisreiser til ansattes familiemedlemmer anses som lønn. Fordeling av slike reiser må da være i tråd med likelønnsprinsippet. Arbeidsgiver kunne ikke begrense ytelsen av slike gratisreiser til mannlige pensjonerte arbeidstakere uten at det medførte ulovlig diskriminering av kvinner.¹⁵¹

En problemstilling er hvordan arbeidsgiver kan fordele frynsegoder mellom ansatte, uten at det medfører kjønnsdiskriminering. Barnehageplass til ansattes barn er et praktisk frynsegode. Dersom barn av kvinnelige ansatte prioriteres foran barn av mannlige ansatte, eller omvendt, vil det foreligge direkte kjønnsdiskriminering.

Reglene om positiv særbehandling gir mulighet til å prioritere det ene kjønn ved tildeling av frynsegoder.¹⁵² Barnehageplass til kvinnelige ansatte kan være et rekrutteringstiltak for å øke kvinneandelen på arbeidsplassen. Det kreves imidlertid at barnehageplass er et egnet rekrutteringstiltak for å fremme likestilling. I en uttalelse fra Likestillingsombudet påpekes det at en øremerking av barnehageplasser kan bidra til å opprettholde synet om at mor har ansvaret for barn og tradisjonelle kjønnsroller i stedet for å fremme likestilling.¹⁵³ Klagenemnda for likestilling har også kommet til at det ikke var bevist at en slik barnehagefordeling var egnet til rekruttering av kvinnelige stipendiater ved Universitetet i Oslo, og prioriteringen medførte ulovlig direkte diskriminering av mannlige ansatte.¹⁵⁴

I Lommers-saken ønsket arbeidsgiver å motvirke underrepresentasjon av kvinnelige ansatte ved å gi barn av kvinnelige ansatte barnehageplass. Mannlige arbeidstakere ble ikke fullstendig utelukket fra tildelingen. Mannlige arbeidstakere kunne etter søknad få barnehageplass til sine barn dersom det forelå en nødssituasjon. Den vurderingen var lagt til arbeidsgiver. Tildelingen var egnet til å fremme likestilling og ikke uforholdsmessig inngripende overfor mannlige ansatte. EF-domstolen fant at tiltaket var

¹⁵¹ Garland-saken

¹⁵² Jf likestillingsloven § 3a jf likebehandlingsdirektivet artikkel 2.

¹⁵³ Sak-1998-043.

¹⁵⁴ LKN-2004-10. Universitetet i Oslo har tatt konsekvensene av denne avgjørelsen og retningslinjene for tildeling av barnehageplass er i dag under endring.

lovlig positiv særbehandling. EF-domstolen bemerket imidlertid at enslige fedre måtte ha lik tilgang på barnehageplassene som kvinnelige ansatte, ellers ville særbehandlingen være uforholdsmessig inngripende for enslige fedre og ikke kunne tillates.

Undervisningsfrikjøp for kvinnelige ansatte ved undervisningsinstitusjon kan være en annen positiv særbehandling for å fremme likestilling på arbeidsplassen. Samme konkrete analyse av frynsegodets forhold til likestillingsloven må foretas for å avgjøre om tiltaket kan tillates.

En gave fra arbeidsgiver er en ytelse i sammenheng med arbeidet, og således lønn. Arbeidsgiver kan ikke kjønnsdiskriminere ved utdeling av gaver i større grad enn hva som kan være tillatt ved utbetaling av ordinær lønn. En slik adgang vil kunne åpne for en omgåelse av forbudet mot kjønnsdiskriminering. Det må antagelig trekkes en nedre grense for lønnsbegrepet mot helt private gaver. Man har ofte private relasjoner med arbeidskollegaer. Et eksempel er gave fra arbeidsgiver ved et privat selskap. Når gaven ikke er betalt av virksomheten og tildeling er begrunnet i partenes private relasjon, er ikke gaven konsekvens av arbeidet. Tildeling av gaven vil således ikke komme i konflikt med likebehandlingskravet.

Et annet spørsmål er om arbeidsgiver kan nekte arbeidstakeren frynsegoder ved uttak av svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjon. Hvorvidt slike goder skal gis ved permisjon beror på en tolking av om arbeidsgiver har forpliktet seg i arbeidsavtalen til å betale full lønn i permisjonstiden. Frynsegoder er lønn, og lønn faller som utgangspunkt bort ved uttak av permisjon.¹⁵⁵ Når arbeidstaker ikke har krav på full lønn i permisjonstiden og kun mottar fødselspenger fra staten, kan det ikke kreves at arbeidsgiver dekker frynsegoder.

Mottar arbeidstaker full lønn i permisjonstiden, må det avklares om frynsegodene var ment å være en del av avtalt lønn eller generelle tillegg arbeidsgiver gir sine ansatte. Hvis frynsegodet er avtalt ved ansettelse eller senere, vil det medføre

kjønnsdiskriminering å frata godene i slik kjønnsrelatert permisjon med mindre det foreligger saklig grunn til å ikke dekke frynsegoder også i permisjonstiden. Et eksempel på saklig grunn er at behovet for betalt telefon faller bort når arbeidstakeren ikke arbeider. Gratis avis kan arbeidstakeren imidlertid ha behov for i hensikt å holde seg oppdatert på hva som skjer i markedet. Det må avgjøres konkret om arbeidsgiver har saklig grunn for å ikke gi arbeidstakeren frynsegodet i permisjonstiden.

Dersom arbeidsgiver gir ansatte frynsegoder selv om det ikke er avtalt i arbeidsavtalen, er forholdet annerledes. Frynsegodet anses fremdeles som lønn, men godet er ikke avtalt og arbeidstaker har ikke en berettiget forventning om det. Arbeidstaker har ikke da like stor rett til frynsegodet under permisjonen. Avgjørende i denne vurderingen er om andre fraværende arbeidstakere mottar frynsegodene ved permisjon. Dersom arbeidstaker i utdanningspermisjon, men ikke arbeidstaker i omsorgspermisjon gis frynsegodet kan det medføre ulovlig indirekte kjønnsdiskriminering.

8 Omplussing

Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten myndighet til å foreta omdisponeringer av arbeidskraft, eksempelvis gi arbeidstakere andre arbeidsoppgaver. Omorganiseringer i virksomheten kan gjøres etter arbeidsgivers behov, men omplussing av ansatte må ligge innenfor rammene av den enkeltes arbeidsavtale, samt være saklig begrunnet i driftsmessige disposisjoner.¹⁵⁶ Adgangen til omplussing av arbeidstakere er ytterligere begrenset av forbudet mot kjønnsdiskriminering. Dette er aktuelt ved omplussing av ansatte under svangerskaps-, fødsels- eller omsorgspermisjon, eller som returnerer fra slike permisjoner.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Se kapittel 7.1.

¹⁵⁶ Jf Rt-1989-231, det ulovfestede saklighetskrav til arbeidsgivers avgjørelser og Rammeavtalen om foreldrepermisjon klausul 2.

¹⁵⁷ Arbeidsgivers særegne omplussingsplikt for gravide og ammende arbeidstakere, samt arbeidstakere i forplantningsdyktig alder behandles i kapittel 6.2.2.

En forutsetning for permisjon er at ansettelsesforholdet består i perioden, og at arbeidstakeren som hovedregel returnerer til samme stilling etter permisjonens utløp. Dette følger også av EØS-retten.¹⁵⁸ Permisjon er lovlig fravær fra arbeidet, det er ingen avslutning av ansettelsesforholdet. Permisjonstiden utgjør imidlertid ingen vernet periode mot arbeidsgivers beslutninger.

Dersom arbeidstaker omplasseres ved retur til arbeidet grunnet det kjønnsrelaterte permisjonsfraværet, kan det medføre ulovlig kjønnsdiskriminering. Dommen i RG-1996-463 er et eksempel på denne vurderingen av årsak til omplassering. Omplasseringen hadde saklig grunn i omlegging av bedriften. Sammenheng mellom omplassering og det kjønnsrelaterte fraværet forelå ikke og omplasseringen av kvinnen var i tråd med arbeidsgivers styringsrett.

Knyttes det negative konsekvenser til fødselspermisjon foreligger ulovlig direkte diskriminering, jf likestillingsloven § 3. Det skal svært tungtveiende grunner til for å tillate positiv særbehandling ved direkte diskriminering. Unntaksmuligheten fra diskrimineringsforbudet i denne perioden etter det ulovfestede saklighetsprinsippet er også snever.¹⁵⁹ Arbeidsgiver kan dermed som hovedregel ikke omplassere en arbeidstaker grunnet fravær i denne beskyttede perioden.

Omplassering av kvinner og menn som tar omsorgspermisjon kan medføre indirekte kjønnsdiskriminering. Indirekte diskriminering kan tillates dersom det foreligger saklig grunn, og proporsjonalitet mellom omplasseringen og arbeidsgiverens begrunnelse, jf likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Arbeidsgivers begrunnelse for omplassering kan være mangeartet. Arbeidstaker har eksempelvis behov for faglig oppdateringer, eller arbeidsgiver ønsker at eventuell vikar avslutter arbeidsoppgaver før stillingen overlates til arbeidstakeren igjen, eller arbeidsgiver mener vikaren for arbeidstakeren som har tatt permisjon er dyktigere og ønsker å beholde vedkommende i den stillingen.

¹⁵⁸ Rammeavtale om foreldrepermisjon klausul 2 nr. 5.

¹⁵⁹ Se kapitlene 2.3, 2.5.

LKN-2004-6 er et eksempel på vurderingstemaet for hvorvidt en omplassering medførte ulovlig indirekte diskriminering. Arbeidsgiver hadde her behov for fleksible ordninger når arbeidstakerne var fraværende i lengre permisjoner. Dette ble ansett som saklig grunn til forskjellsbehandling selv om kvinnen ikke ønsket omplasseringen.

Omplasseringen ble imidlertid ikke ansett som nødvendig middel for å sikre slike fleksible ordninger og medførte ulovlig kjønnsdiskriminering.¹⁶⁰ I LKN-2003-14 ble arbeidsgivers behov for kontinuitet i stillingen og fornuftig drift av virksomheten ansett som saklig grunn til forskjellsbehandling. Omplassering ble godtatt som forholdsmessig virkemiddel og omplasseringen medførte ikke kjønnsdiskriminering.

For arbeidsgiver betyr dette at når arbeidstaker returnerer etter en lengre omsorgspermisjon, det vil si fravær utover den beskyttede perioden, har arbeidsgiver mulighet til å omplassere arbeidstakeren mot dens vilje, såfremt det foreligger saklig grunn og omplasseringen ikke er uforholdsmessig inngripende i forhold til arbeidstakers interesser. Arbeidsgiver har større adgang til å omplassere arbeidstaker for en avgrenset periode, enn til å endre arbeidstakerens arbeidsoppgaver permanent.

9 Forfremmelse

Arbeidsgiver har i kraft av styringsretten adgang til å belønne arbeidstakere ved forfremmelse til en høyere stilling. Likebehandlingskravet medfører at forfremmelser skal være basert på kjønnsnøytrale kriterier og forbigåelser internt må være begrunnet i annet enn kjønn. For vurderingen av ansatte i forbindelse med forfremmelse er beregning av ansiennitet særlig relevant i forhold til likebehandlingsprinsippet. Kvalifikasjoner og erfaring er andre relevante momenter som kan vektlegges ved forfremmelse. Den ansattes kvalifikasjoner er individuelle og det vil ikke være kjønnsdiskriminerende at en arbeidstaker som er fraværende i lengre omsorgspermisjon

¹⁶⁰ Se også LKN-2003-13.

ikke har opparbeidet seg like gode kvalifikasjoner som en som har arbeidet i virksomheten i den samme perioden.

EF-domstolen har uttalt at ansiennitet som utgangspunkt er et kjønnsnøytralt kriterium for forskjellsbehandling av ansatte. Kriteriet må vektlegges på en saklig måte for ikke å stride mot likebehandlingsprinsippet,¹⁶¹ jf også praksis fra Klagenemnda for likestilling.¹⁶²

Ansiennitet som utvelgelseskriterium kan eksempelvis være i strid med likebehandlingsprinsippet dersom fravær i svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjon medfører at arbeidstakeren ikke har opptjent like stor ansiennitet som andre ansatte har i samme periode. Thibault-saken for EF-domstolen er et eksempel på dette. Arbeidsgiver utelukket her en ansatt fra forfremmelsesvurderingen med begrunnelse i kjønnsrelatert fravær. EF-domstolen fant at bedriftens krav om at ansatte måtte ha arbeidet i minst seks måneder før man kunne vurderes i forfremmelsessaker medførte ulovlig kjønnsdiskriminering.

I Høyesteretts avgjørelse i Rt-2003-1657 uttales det at pensjonsansiennitet bør opptjenes også ved fødselspermisjoner for ikke å komme i strid med likestillingsloven. Denne dommen gjelder pensjonsansiennitet. Arbeidstaker bør opparbeide pensjonspoeng som normalt ved slikt kjønnsrelatert fravær. Når arbeidsgiver vurderer arbeidstakerens ansiennitet, ses det normalt på hvor lenge arbeidstakeren har vært ansatt.

Ansettelsesperioden er også perioden det opptjenes pensjonsansiennitet.

Pensjonsansiennitet og ordinær ansiennitet i forhold til arbeidsgiver må således ses som sammenfallende. Høyesteretts avgjørelse kan tale for at ansiennitet opparbeides ved svangerskaps-, fødsels og omsorgspermisjoner.

Som tidligere vist har arbeidstakere fraværende i svangerskaps-, fødsels- og omsorgspermisjoner krav på ordinær lønnsøkning når de returnerer til arbeidet. Det kan

¹⁶¹ Danfoss-saken, Nimz-saken premiss 14.

¹⁶² LKN-2004-18.

ikke knyttes negative konsekvenser til slike kjønnsrelaterte permisjoner.¹⁶³ Hensynet til konsekvens i regelverket taler for at ansiennitet også opptjenes under slike permisjoner. Dette synes lagt til grunn av Likestillingsombudet blant annet i sak-2004-252. Innen EØS-retten fremmes det samme syn av Ruth Nielsen.¹⁶⁴

Konklusjonen må være at arbeidstaker opparbeider ansiennitet som normalt under kjønnsrelaterte permisjoner. Arbeidsgiver kan således ikke beregne en kvinnes ansiennitet til tre år dersom hun har jobbet i virksomheten i fire år og vært fraværende ett år i omsorgspermisjon.

10 Opplæring og annen kompetanseutvikling

Faglig oppdatering eller opplæring på et nytt saksområde kan være ønskelig fra arbeidsgiver eller fra arbeidstakeren selv.

Det følger av likestillingsloven § 6 annet ledd at arbeidsgiver skal likestille kvinner og menn ved opplæring. Opplæring er et vidt begrep og omfatter kurs, på arbeidsplassen og eksternt, etterutdanning, samt arbeidsgivers økonomisk støtte til arbeidstakeren for at denne skal utdanne seg.¹⁶⁵ EØS-retten anser tilbud om opplæring som goder fra arbeidsforholdet, og dermed lønn.¹⁶⁶ Arbeidsgivers valg av hvilke arbeidstakere som skal utvikle sin kompetanse må være basert på kjønnsnøytrale kriterier for ikke å stride mot likebehandlingsprinsippet.

I en sak for Likestillingsombudet hadde arbeidsgiver behov for kompetanseheving av enkelte ansatte, og gav disse en gunstig avtale om privat datamaskin.¹⁶⁷ Denne gruppen

¹⁶³ Med unntak av resultatorientert lønn.

¹⁶⁴ Nielsen Gender Quality in European Contract Law 2004.

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.33 1974/1975 side:59.

¹⁶⁶ C-360/90, C-278/93.

¹⁶⁷ Sak-2000-100.

arbeidstakere utgjorde kun menn, og det ble drøftet om ordningen på urimelig måte satte kvinnelige ansatte i en dårligere posisjon. Arbeidsgivers behov for kompetanseheving av kun denne gruppen ansatte var saklig, og valgt middel var ikke uforholdsmessig inngripende overfor øvrige ansatte. Ordningen medførte ikke ulovlig indirekte diskriminering.

I enkelte situasjoner kan arbeidsgiver gi særskilt opplæring til ansatte av det ene kjønn for å fremme likestilling på arbeidsplassen. Adgangen til slik positiv særbehandling beror på en analyse av om utvelgelsen av ansatte er egnet til å kompensere for reelle ulikheter mellom kjønnene, og om det foreligger forholdsmessighet mellom mål og middel.¹⁶⁸

Særlig mentorvirksomhet, forskningspermisjon eller reisestipend for kvinnelige ansatte er eksempler på slik positiv særbehandling.¹⁶⁹ Arbeidsgiver har også anledning til å positivt særbehandle mannlige arbeidstakere, men vilkårene for positiv særbehandling er strengere når menn tilgodeses på bekostning av kvinner, enn omvendt.¹⁷⁰

Begrunnelse for slik forskjellsbehandlingen kan være at kvinnelige ansatte avslutter arbeidsforholdet oftere enn mannlige, og at det derved foreligger et rekrutteringsproblem. Arbeidsgiver vil sikre at kvinner får økt kompetanse relatert til arbeidet slik at sannsynligheten for at de forblir i arbeidet øker. Forskjellsbehandling kan også begrunnes i at kvinner som får barn og er fraværende i lengre perioder, forsinkes i arbeidet og går glipp av faglige oppdateringer. For å stimulere til gode arbeidsvilkår gis spesiell opplæring når de returnerer fra permisjon.

Særbehandling må være rettet mot det kjønn som står svakest på det aktuelle området. Dersom det ikke foreligger en kjønnskjev fordeling på arbeidsplassen fremmes ikke nødvendigvis likestillingshensyn ved en slik særordning, og særbehandlingen vil ikke være lovlig.¹⁷¹ Det må vurderes konkret om kvinner er underrepresentert på arbeidsplassen, eksempelvis om det er et rekrutteringsproblem i den aktuelle stillingen,

¹⁶⁸ Se eksempelvis LKN-2004-10 for denne vurderingen etter likestillingsloven § 3a.

¹⁶⁹ Eksempler fra handlingsplanen for likestilling ved Universitetet i Oslo.

¹⁷⁰ Se kapittel 2.3.

¹⁷¹ LKN-2002-11.

eller om kvinner i større grad enn menn tar lengre omsorgspermisjoner. Det må også forligge forholdsmessighet mellom arbeidsgivers utvelgelse av svakere stilte ansatte som får delta på kurs, og ulempene dette medfører for det andre kjønn som ikke får opplæring. Særordninger som skal kompensere for kunnskapstap i lengre permisjoner, eksempelvis forskningspermisjon, bør ikke forskjellsbehandle kvinnelige og mannlige ansatte som tar omsorgspermisjon. En slik forskjellsbehandling vil medføre store ulemper for menn som tar omsorgspermisjon og således vanskelig innebære forholdsmessighet mellom mål og middel.

11 Ferie

Planlegging av ferie og ferieavvikling reiser noen praktiske problemstillinger i forhold til uttak av kjønnsrelatert permisjon; og forholdet til likebehandlingsprinsippet.

Arbeidsgiver har plikt til å drøfte tidspunkt for ferieavvikling med arbeidstaker eller dens tillitsvalgte, jf ferieloven § 6.¹⁷² Når arbeidstaker er fraværende i permisjon kan det være vanskelig å delta i slik ferieplanlegging, og arbeidsgiver kan derfor drøfte ferie med arbeidstakerens tillitsvalgte. Dersom arbeidsgiver behandler andre fraværende ansatte annerledes enn arbeidstaker i omsorgspermisjon, eksempelvis drøfter ferie direkte med sykemeldte ansatte, kan det medføre ulovlig kjønnsdiskriminering. Likebehandlingsprinsippet begrenser her arbeidsgivers handlefrihet utover ferieloven § 6.

Arbeidsgiver kan ha ønsker om at arbeidstakeren avvikler ferie i sammenheng med omsorgspermisjon eller militærtjeneste, for slikt sett å samle alt fravær, og lette den praktiske gjennomføringen av bruk av vikar i stillingen etc. Likebehandlingsprinsippet begrenser arbeidsgivers styringsrett i henhold til ferie, og dette er gjennomført i ferieloven §§ 7 og 9.

¹⁷² Lov om ferie 29.4.1988 nr. 21.

Når arbeidstaker mottar fødselspenger kan ikke arbeidsgiver kreve at ferien legges i permisjonstiden. Dette gjelder også de to uker permisjon faren tar i forbindelse med fødselen. Ferien kan imidlertid legges samtidig med ulønnet permisjon, eksempelvis utvidet omsorgspermisjon hvor det ikke ytes fødselspenger. Arbeidstaker som har vært fraværende i fødsels- og omsorgspermisjon om sommeren da hovedferien vanligvis avvikles, kan også motsette seg at ferien må avtjenes innen årets utgang.

Arbeidstaker som er fraværende i fødsels- eller omsorgspermisjon opptjener ferie for kommende år som normalt. Ansettelsestidspunktet, ikke eventuelt fravær, er avgjørende for neste års ferie, jf ferieloven § 5. Folketrygden, ikke arbeidsgiver, betaler imidlertid feriepengene året etter omsorgspermisjoner, jf ferieloven § 10 nr. 4. Ansatte som avtjener militærtjeneste ulønnet opptjener også ferie såfremt arbeidstakeren har vært ansatt i minst tre måneder, jf ferieloven § 10 nr. 5.

Som vi ser i forbindelse med ferieplanlegging og ferieavvikling, må arbeidsgiver ta hensyn til likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet er imidlertid gjennomført i nokså stor grad i ferieloven.

DEL IV AVSLUTNING

Fremstillingen har vist at arbeidsgivers styringsrett begrenses av likebehandlingsprinsippet på en rekke områder. Arbeidsgiver er pålagt både å aktivt arbeide for likestilling i virksomheten og å hindre kjønnsdiskriminering.

EØS-retten krever effektive sanksjoner for å håndheve forbudet mot kjønnsdiskriminering. Norge er forpliktet til å finne bestemmelser i strid med likebehandlingsplikten ugyldige, eller beslutte å endre disse.¹⁷³ Håndheving av diskrimineringsforbudet kan imidlertid være praktisk vanskelig fordi det er vanskelig å bevise at kjønnsdiskriminering har funnet sted.

Likestillingsloven lovfester derfor delt bevisbyrde i diskrimineringssaker, jf likestillingsloven § 16. Dersom det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at en person er diskriminert, har arbeidsgiver bevisbyrden for at slik diskriminering ikke foreligger.¹⁷⁴ Det stilles ikke strenge krav til hvilke opplysninger som kan tale for at diskriminering har skjedd.¹⁷⁵ Beviskravene til arbeidsgiver er derimot relativt strenge. Et tilfelle av graviditetsdiskriminering er eksempelvis ikke avhengig av at graviditet er hovedbegrunnelsen for ikke-ansettelse. Arbeidsgiver må bevise at graviditet ikke har vært vektlagt overhodet.

Erstatningsansvaret etter likestillingsloven er objektivt, det kreves ikke at arbeidsgiver har handlet uaktsomt, jf likestillingsloven § 17. Det kan være vanskelig for en arbeidssøker som mener seg forbigått å påvise økonomisk tap, og et slikt tap foreligger heller ikke alltid.¹⁷⁶ For å kunne håndheve diskrimineringsforbudet effektivt er dermed

¹⁷³ Likebehandlingsdirektivet artikkel 3(2)b, 4b, 5(2)b, likelønnsdirektivet 75/117/EØF artikkel 4.

¹⁷⁴ Se likestillingsloven § 4 tredje ledd, Danfoss-saken.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.77 2000/2001 side:98.

¹⁷⁶ Eksempelvis at man tilbys en annen stilling kort tid etter man er forbigått i en ansettelsesprosess.

erstatning ikke begrenset til økonomisk tap, det kan også betales oppreisning for krenkelsen diskrimineringen har medført.¹⁷⁷

Det er fremmet forslag om en diskrimineringsombudslov, et felles håndhevingsapparat for flere typer diskriminering.¹⁷⁸ De nye håndhevingsorganene skal i tillegg til likestillingsloven, håndheve den nye diskrimineringsloven,¹⁷⁹ og arbeidsmiljølovens likebehandlingskapittel. Samme organ vil da avgjøre om forskjellsbehandlingen eksempelvis er kjønnsdiskriminerende, religionsdiskriminerende eller diskriminering grunnet seksuell legning. Dette endrer ikke de materielle reglene om kjønnsdiskriminering. Håndhevingssystemet vil tilsvare dagens system med to instanser. Likestillings- og diskrimineringsombud vil ha både lovhåndhever- og pådriveroppgaver for å bidra til økt likestilling og likebehandling. En andreinstans Likestillings- og diskrimineringsnemnda vil behandle klager over førsteinstansens uttalelser i enkeltsaker. Det er ventet at loven vil tre i kraft 1.januar 2006.

¹⁷⁷ Reglene om objektivt erstatningsansvar og delt bevisbyrde gjelder i dag ikke ved seksuell trakassering og trakassering grunnet kjønn. Dette forslås endret gjennom Innst.O.nr.70 2004/2005.

¹⁷⁸ Jf Innst.O.nr.71 2004/2005 Diskrimineringsombudsloven som behandles i Odelstinget 25.4.2005.

¹⁷⁹ Jf Innst.O.nr.69 2004/2005 Diskrimineringsloven som ble vedtatt i Odelstinget 20.4.2005.

DEL V LITTERATURLISTE

12 Lover

Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. 4. februar 1977 nr. 4.
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. 27. november 1992 nr. 109.
Ferieloven	Lov om ferie 29. april 1988 nr. 21.
Folketrygdloven	Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19.
Likestillingsloven	Lov om likestilling mellom kjønnene 9.juni 1978 nr. 45.
Menneskerettighetsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30.
Universitetsloven	Lov om universiteter og høyskoler 1. april 2005 nr. 15, trer i kraft 1. august 2005. Gjeldende universitetslov er Lov om universiteter og høyskoler 12. mai 1995 nr. 22 som oppheves 1. august 2005
Vernepliktsloven	Lov om verneplikt 17.7.1953 nr. 29.

13 Forskrifter

Forskrift om arbeid med ioniserende stråling av 14.6.1985 nr. 1157

Forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart av 21.2.1986 nr. 540

Forskrift om forplantningsskader og arbeidsmiljø av 25.8.1995 nr. 768

Forskrift om særbehandling av menn 17. juli 1998 nr. 662

14 Offentlige utredninger, dokumenter m.v.

NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget, et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
Ot.prp.nr.33 1974/1975	Lov om likestilling mellom kjønnene.
Ot.prp.nr.3 1975/1976	Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp.nr.67 1996/1997	Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
Ot.prp.nr.77 2000/2001	Om lov om endringer i likestillingsloven mv (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)
Ot.prp.nr.104 2002/2003	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (likebehandling i arbeidslivet) m.m.
Ot.prp.nr.33 2004/2005	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Ot.prp.nr.34 2004/2005	Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombud og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
Ot.prp.nr.35 2004/2005	Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk rett)
Ot.prp.nr.49 2004/2005	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Innst.O.nr.69 2004/2005	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) Vedtatt i Odelstinget 20.5.2005, ventes å behandles i Lagtinget i slutten av april 2005.
Innst.O.nr.70 2004/2005	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov) Ventes å behandles i Odelstinget 25.4.2005.
Innst.O.nr.71 2004/2005	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven). Ventes å behandles i Odelstinget 25.4.2005.

15 EU/EØS-rettslige kilder

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. Undertegnet i Oporto 2. mai 1992, i kraft 1. januar 1994.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. Undertegnet i Oporto 2. mai 1992, i kraft 1.januar 1994.
EF-traktaten	Traktat om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap. Undertegnet i Roma 1957. Senere endret ved Maastrichttraktaten 29. juli 1992, og ved Amsterdamtraktaten 2. oktober 1997.
EUs konstitusjonstraktat	Traktat om en forfatning for Europa 16. desember 2004

Likebehandlingsdirektivet	Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår, i EØS-avtalens vedlegg XVIII punkt 18.
Likelønnsdirektivet	Rådsdirektiv 75/117/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere, i EØS-avtalens vedlegg XVIII punkt 17.
Endringsdirektivet	Rådsdirektiv 2002/73/EF om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår, i EØS-avtalens vedlegg XVIII punkt 18.
Graviditetsdirektivet	Rådsdirektiv 92/85/EØF om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer, i EØS-avtalens vedlegg XVIII punkt 16d.
Rammeavtale om foreldrepermisjon	Rådsdirektiv 96/34/EF om rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått mellom UNICE, CEEP og EFF, i EØS-avtalens vedlegg XVIII punkt 32.

16 Andre internasjonale konvensjoner

EMK	Europarådets konvensjon 4.november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.
Den europeiske sosialpakt	Traktat av 18. oktober 1961.
FNs kvinnekonvensjon	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.

ILO-konvensjon nr 100	Convention concerning Equal Remuneration in Employment and Occupation, 1951.
ILO-konvensjon nr 111	Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, 1955.
ØSK	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

17 Andre regler

Handlingsplan for likestilling ved Universitetet i Oslo 2004 og 2005

18 Avgjørelser

18.1 Høyesterett

Rt. 1976 side 614	Vaktmester-saken.
Rt. 1986 side 879	
Rt. 1988 side 766	
Rt. 1989 side 231	
Rt. 1996 side 1401	
Rt. 1997 side 1954	
Rt. 2000 side 1602	Nøkk-dommen.
Rt. 2000 side 1811	Finangersaken.
Rt. 2001 side 418	Kårstø-dommen.
Rt. 2002 side 391	
Rt. 2003 side 1657	
Rt. 2004 side 76	

18.2 Underrettspraksis

RG 1996 side 463

Borgarting lagmannsrett 27.1.2003 (LB-2002-44)

Oslo byretts dom 25.1.1989

Oslo byretts dom 1.6.1994

18.3 Arbeidsretten

ARD 1990 side 148

ARD 1994 side 84

18.4 Klagenemnda for likestilling

LKN 1980 nr. 2

LKN 1992 nr. 1

LKN 1998 nr. 2

LKN 2001 nr. 8

LKN 2002 nr. 5

LKN 2002 nr. 7

LKN 2002 nr. 10

LKN 2002 nr. 11

LKN 2002 nr. 12

LKN 2003 nr. 10

LKN 2003 nr. 13

LKN 2003 nr. 14

LKN 2003 nr. 15

LKN 2004 nr. 1

LKN 2004 nr. 5

LKN 2004 nr. 6

LKN 2004 nr. 10

LKN 2004 nr. 18

LKN 2004 nr. 22

LKN 2004 nr. 24

18.5 Likestillingsombudet

Sak 1998 nr. 043

Sak 1999 nr. 250

Sak 2000 nr. 100

Sak 2001 nr. 020

Sak 2003 nr. 271

Sak 2003 nr. 310

Sak 2003 nr. 338

Sak 2004 nr. 084

Sak 2004 nr. 252

Sak 2004 nr. 273

Sak 2004 nr. 287

Sak 2004 nr. 362

18.6 EFTA-domstolen

UiO-saken E-1/02, 24. januar 2003, Den norske stat mot Universitetet i Oslo.

18.7 EF-domstolen

Abrahamsson-saken C-407/98, Saml 2000 I side 5539, Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist.

Badeck-saken C-158/97, Saml. 2000 I side 1875. Georg Badeck m.fl. mot Hessischer Ministerpräsident og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.

Barber-saken C-262/88, Saml. 1990 I side 1889. Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group.

Bilka-saken Sak 170/84, Saml. 1986 side 1607. Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz.

Boyle-saken C-411/96, Saml. 1998 I side 6401. Margaret Boyle m.fl. mot Equal Opportunities Commission.

Coloroll-saken	C-200/91, Saml. 1994 I side 4397. Coloroll Pension Trustees Ltd mot Coloroll Group Plc.
Colson-saken	Sak 14/83, Saml. 1984 side 1891. Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen.
Danfoss-saken	Sak 109/88, Saml. 1989 side 3199. Handels- og Kontorfuntionærernes Forbud i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss.
Defrenne II-saken	Sak 43/75, Saml. 1976 side 455. Gabrielle Defrenne mos Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena.
Dekker-saken	C-177/88, Saml. 1990 I side 3941. Elisabeth Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Joon Colwassenen Plus.
Garland-saken	Sak 12/81, Saml. 1982 side 359. Eileen Garland mot Britisk Rail Engineering Ltd.
Gillespie-saken	C-342/93, Saml. 1996 I side 475, Joan Gillespie m.fl. mot Helath and Social Boards.
Johnston-saken	Sak 222/84, Saml. 1986 side 1651, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constibulary.
Kalanke-saken	C-450/93, Saml. 1995 I side 3051. Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen.
Kreil-saken	C-285/98, Saml. 2000 I side 69. Tanja Kreil mot Tyskkland.
Lewen-saken	C-333/97, Saml. 1999 i side 7243. Susanne Lewen mot Lothar Denda.
Lommers-saken	C-476/99, Saml. 2002 I side 2891, H. Lommers mot Minister van landbouw, Natuurbeheer en Visserij.
Marschall-saken	C-409/95, Saml. 1997 I side 6363. Hellmut Marschall mot Land Nordreihn-Westfalen.

Nimz-saken	C-184/89, Saml. 1991 I side 297, helga Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg.
Pedersen-saken	C-66/96, Saml. 1998 I side 7327. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark for Berit Pedersen mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger for Kvickly Skive.
Renault-saken	C-218/98, Saml. 1999 I side 5723. Oumar Dabo Abdoulaye m.fl. mot Régie nationale des usines Renault SA.
Rummler-saken	Sak 237/85, Saml. 1986 side 2101. Gisela Rummler mot Dato-Druck GmbH.
Sabena-saken	C-166/99, Saml. 2000 I side 6155, Marthe Defreyn mot Sabena SA.
Shnorbus-saken	C-79/99, Saml. 2000 I side 10997, Julia Shnorbus mot Land Hessen.
Sirdar-saken	C-237/97, Saml. 1999 I side 7403. Angela Maria Sirdar mot the Army Booard, Secretary of State for Defence.
TeleDanmark-saken	C-109/00, Saml. 2001 I side 6993, Tele Danmark As mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark.
Thibault-saken	C-136/95, Saml. 1998 I side 2011, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés mot Evelyne Thibault.
WienerGebietskrankenkasse-saken	C-309/97, Saml. 1999 I side 2865, Angestelltenbetriebsrat der Wien Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse.

Avgjørelser etter saksnummer:

Sak 129/79	Saml. 1980 side 1275, Macarthys Ltd mot Wendy Smith.
Sak 165/82	Saml. 1983 side 3431, Kommisjonen mot UK.

- Sak 318/86 Saml. 1988 side 3559 Kommisjonen mot Frankrike,
- Sak 171/88 Saml. 1989 side 2743 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebaeudereinigung GmbH&Co KG.
- C-360/90 Saml. 1992 I side 3589, Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin ev. mot Monika Boetel.
- C-128/93 Saml. 1994 side 4587, Geertruida Fisscher mot Detailhandel.
- C-278/93 Saml. 1994 I side 5544, Edith Freers, Hannelore Speckmann mot Deutsche Post.
- C-400/93 Saml. 1995 I side 1295, Specialarbeiderforbundet i Danmark mot Dansk Industri for Royal Copenhagen AS,
- C-13/94 Saml. 1996 I side 2143, P mot S og Cornwall Country Council.
- C-394/96 Saml. 1998 I side 4185, Mary Brown mot Rentokil Initial UK Ltd.
- C-167/97 Saml. 1999 I side 623, Regina mot Secretary of State for Employment.
- C-320/01 Saml. 2003 I side 2041, Wiebke Busch mot Klinikum Neustadt GmbH&Co, Betriebs-KG.

19 Juridisk litteratur

- Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Likestillingslovene med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag København 2001.
- Blanpain, Roger European Labour Law, ninth revised edition, Kluwer law international The Hague/London/New York 2003.
- Dege, Jan Tormod Arbeidsrett, rettigheter og plikter i arbeidsforhold, Minerva Oslo 2003.
- Eckhoff, Torstein Rettskildelære 5. utgave ved Jan Helgesen, Universitetsforlaget Oslo 2001.

Hagstrøm, Viggo	Obligasjonsrett, Universitetsforlaget Oslo 2003.
Jakhelln, Henning	Oversikt over arbeidsretten, 3. utgave, N.W. Damm & Søn Oslo 2004
Nielsen, Ruth	Gender Quality in European Contract Law, DJØF Publishing Copenhagen 2004.
Nielsen, Ruth	EUropæisk arbeidsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag København 2003.
Nyström, Birgitta	EU och arbetsrätten, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.
Sejersted, Fredrik m.fl.	EØS-rett, 2.utgave, Universitetsforlaget Oslo 2004
Vigerust, Elisabeth	Arbeidstakers rettsstilling ved graviditet og omsorg, Universitetet i Oslo 1998.
Vigerust, Elisabeth	Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet, Oslo 1998.
Vigerust, Elisabeth	Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser, Kvinnerettslige studier nr. 49, 2003, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4/2003, s. 1-42, 85-192.